

# الوَسْطِيطُ فِي تَرْجُومَةِ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ

الجزء الأول

نُظْرَةٌ

إِلَى تَرْجُومَةِ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ

\*\*\*

مَصْنُوعٌ فِي الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ

وَلَدَ

الرَّحْمَةُ الرَّحْمَةُ الرَّحْمَةُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الوسيط  
في  
شرح القانون المدني الجديد  
نظريّة  
الالتزام بوجه عام

\*\*\*

مصادره الالتزام

المقدّم — العمل غير المشروع — الأثر بلا سبب — القانون

تأليف

عبد الزّاق الحجازي

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية  
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار إحياء التراث العربي  
بيروت - لبنان



## كلمة افتتاحية

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدى رجال القانون أقوى ما أكون أملا فى أن  
يملأ فراغا وأن يسد حاجة . وقد اعتزمت فيه بمشيئة الله أن أشرح القانون المدنى  
الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والمبسوط . ولئن جمل الله فى العمر بقية ،  
وأمدنى بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ، ثم استعنت برقة من  
زملائى فى إخراج للمبسوط . فتم بذلك حلقات ثلاث ، ينظمها عقد واحد .  
والوسيط هو واسطة هذا المقد . نجمله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً .  
ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أدنى من الوجيز فى سد حاجات العلم  
والعمل . وهو أدنى من المبسوط للباحث الذى لا يملك غير وقت محدود .

\*\*\*

وبعد فطابع القانون المدنى الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، ويطاوع  
التطور . والاستقرار يتمثل فى وصل الحاضر بالماضى . والتطور يترأى فى تطلم  
الحاضر إلى المستقبل .

\*\*\*

وإذنا بآن الحاضر متصل بالماضى ، عمدت فى هذا الكتاب إلى أمرين :  
(أولهما) أننى طمقت أشير إلى القضاء والفقه المصريين فى عهد القانون المدنى  
القديم كما لو كانا قد نبثا فى عهد القانون المدنى الجديد . وترأى أشير إليهما دون  
أن أشعر القارىء بأن القانون المدنى قد تغير ، ودون أن أنه إلى أن القضاء والفقه  
للذين أسند إليهما قد قاما فى عهد القانون المدنى القديم . وأردت بذلك أن أدل

على أن ما كان يصلح قضاء وقفاً في الماضي لا يزال صالحاً حتى اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والعهد الحاضر لا يزال متصلاً بالعهد الماضي أوثق الاتصال . وتعتمد أن أقل عن كتابي في نظرية العقد وعن كتابي الآخر في النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتملا عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، في العبارات ذاتها التي وردت في الكتابين ، بعد توفير ما ينبغى من الملاءمة ليسير الكتاب الجديد أحكام القانون الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضي ، وحتى أثبت من طريق عملي أن الكتاب الذي كان يصلح مرجعاً في القانون القديم لا يزال صالحاً في كثير من نواحيه مرجعاً في القانون الجديد . فيتحقق من لا تزال خليجة من الشك تردد في نفسه أن القانون الجديد لم يؤذن بشورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد رجعت عن بعض الآراء الفقهية التي سبق لي أن اعتنقتها في الكتابين اللذين أسلفت ذكرهما ، فتلك سنة العقل البشري ، لا يقيم على خطة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يستوعب الحقائق المطلقة . ويدرك اليوم ما لم يكن بقادر على إدراكه بالأمس .

ولما كان القانون الجديد — فيما استحدث من النصوص والأحكام — لا يزال بكرة لم يرد فيه قضاء أو فقه ، فقد استعضت عنهما بما نقلت من الأعمال التحضيرية . فأرخت كل نص من نصوص القانون الجديد مذ كان النص في المشروع التمهيدى ، متعقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائى ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص القانون الجديد . ونقلت ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه النصوص . واعتمدت في كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد التى أصدرتها وزارة العدل فى أجزاء سبعة .

وكنّت إذا ما استحدث القانون الجديد تغييراً ، أعنى كل الغدة بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سريان الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون للنص المستحدث من أثر رجعى ، وبخاصة ما يكون له من أثر فورى ، وفقاً للنظريات الحديثة .

(والأمر الثانى) أنى جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما ، من بين سائر النظم القانونية الأجنبية ، النظام الأجنبى الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد القانون المدنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا حيث أتابع التطور التاريخى لبعض المبادئ ، القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد عمدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فيكون هو القضاء البارز فى جميع بواحي الكتاب ، لا يفتى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يقف إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفعل ذلك زراية بالقضاء الفرنسى أو غصاً من شأنه . وإلا فهو القضاء الذى نزلنا صيوقاً فى ساحنه الواسعة ، وعشنازماً فى رحبته الفسيحة . ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أمانه على عمد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خمسة وسبعين عاماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم . حتى أصبح من حقّه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يجد الباحث فيه لكل مسألة مرجعاً . وبلغ فى الذاتية شأواً أبعد مما بلغ الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئوليائه كاملاً .

\*\*\*

هذا عن اتصال الحاضر بالماضى . أما عن تطلم الحاضر إلى المستقبل ، فآيته أن القانون المدنى الجديد يفتح عهداً جديداً .

تمثل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ،

وقد أرسى أساسها على ماهر باشا باللجان التي ألغىها لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فناظرت هذه الحركة المثمرة المباركة قرينتها التي نبتت ستين عاماً قبلها وانتهت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التي قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فما أشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفي نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، فخطت خطوة حاسمة في مدارج تطورها القانوني . وهي اليوم ، في نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتنبؤاً مكاناً مستقلاً في الأسرة العالمية للقانون . وإذا كانت مصر قد استقلت بتشريعها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضائها وبفقها . وأن هذا العهد الجديد ، الذي افتتحه القانون المدني الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعترفت أن يكون لها قضاء ذاتي وفقه قومي .

هذه هي المرحلة الجديدة التي تخطوها مصر ، وهذه هي الآفاق الجديدة التي تطالع بها رجال القانون في هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصري بالاستقلال في سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونترية هي صك استقلاله . وظفر القضاء المصري بالتوحيد بعد انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . فعلى القضاء المصري تقع تبعات جسيمة ينبغي له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصري أن يكون الرائد للقضاء المصري ، يمهّد له السبيل ، ويعبد له الطريق .

وإذا كان القانون المدني الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ، فليست هذه ، في السكثرة الغالبة منها ، غير مصادر استثناس للصياغة . أما الغالبية العظمى من أحكامه فستمد من أحكام القانون المدني القديم ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً في كتاب « نظرية العقد » : « علينا أولاً أن نحصر الفقه ، فنجمله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال ، هو أيضاً ، يحتله الأجنبي ، والاحتلال هنا فرنسي . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عناء ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلصص في الفقه الفرنسي الهادي المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أهله ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظلّه اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالتقانون المقارن » .

واليوم يسعدني أن أقول هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهي تنظر مشروع القانون الجديد : « أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من السكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الفرض من الرجوع إلى التقنيات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وقعه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً

عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسم له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي ، يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون .

تطور النصوص في صميم الحياة القومية : هذه هي مهمة القضاء والفقه في مصر منذ اليوم . ولا عذر لها إذا ما تخلت عن هذه التبعة الخطيرة ، وتركها الاجتهاد إلى التقليد . وإن القانون المصري الجديد ليؤذن بعهد جديد لا في مصر فحسب ، بل أيضاً في البلدين الشقيقين العربيين ، سورية والعراق . ويمكن أن يكون هذا الشرح للقانون المصري الجديد هو في الوقت ذاته شرح للقانون السوري الجديد ، فابين القانونين إلا فروق طفيفة أشرت إليها في حواشي هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسي لشرح القانون العراقي الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . وقد حان الوقت ليتعاون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وفقهاء العراق . ويتكاتفوا جميعاً لإرساء أساس قوى « للقانون المدني العربي » . يكون قوامه الفقه الإسلامي ، قانون المستقبل لبلاد العروبة جميعاً .

وإذا كنا نشر اليوم بنزعة محمودة إلى تثبيت ذاتيتنا وتأكيد استقلالنا ، بعد أن صلب عودنا وشبنا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المعترف بالفضل والجميل مانحن مدينون به للفقه الأجنبي ، وبخاصة للفقه الفرنسي . فقد كان هذا الفقه التمسكة التي عليها ارتكز ، والدور الذي به نهتدى ، ولا زلنا معذورين بفيضه حتى اليوم .

هذا والكتاب الذى أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح للقانون  
المدنى الجديد . فلا بد أن يكون بعيداً عن حد السكال . وما أمجلى إلى إخراجه  
إلا على أن الغاية بعيدة ، وأن العمر قصير . وأن السكال لله وحده .

وقد تفضل صديقى الأستاذ الفاضل مصطفى كامل اسماعيل فكفل نصحيح  
«التجارب» ، فعاون بذلك على إخراج الكتاب معاونة مشكورة ، تخففت بهما من  
مشقة بالغة . جزاه الله عنى خير الجزاء .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه  
المصرى ، وقد بدت بإشائر هذا الاستقلال قبل ذلك فى كتب ورسائل قيمة  
نُزِمت . هم فى الذروة من فقه القانون المدنى ، فإنى أرجو أن يكون الكتاب ، فى  
هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الغرض ، وما أشتى من الفراغ . وسد بعضاً  
من الحاجة .

وبالله المستعان .

أبريل سنة ١٩٥٢

نظرة  
في  
التقنين المبدئي الجديد

كيف وضع ، وكيف يكونه نفسه  
وما استحدث من أعلام ، وما يرسم من اتجاهات عامة

---

- ١ - تنقيح التقنين المدنى : كيف تمت فكرة التنقيح ، وكيف حقت .
- ٢ - القواعد التي قام عليها التنقيح : كيف عولت عيوب التقنين القديم -  
مصادر التنقيح وطرق التفسير في التقنين الجديد .
- ٣ - الفروع الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم : ما استحدث  
التقنين الجديد من أحكام ، وما قنته وكان معمولاً به من قبل .
- ٤ - الاتجاهات العامة للتقنين الجديد : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات  
العامة للتقنينات الحديثة - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين  
الفرد والجماعة .



(١)

## تنقيح التقنين المدني ( كيف قامت فكرة التنقيح . وكيف حققت )

١ - كيف قامت فكرة التنقيح

(١) عيوب التقنين المدني القديم<sup>(١)</sup>

العيوب الموضوعية :

يكتنف الظروف التي وضع فيها التقنين المدني القديم شيء من الغموض ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبيّن لنا كيف وضع . والظروف التي وضع فيها . والسياسة التشريعية التي توجت في وضعه .

والظروف أن وضع التقنين المدني احتلّط هو الأستاذ مانوري Manoury . كان محامياً وسياسياً ينتمى في الإسكندرية . واتخذ نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر لخدمة الدولة التي كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلفة في مصر . وعهد إليه في وضع التقنينات المختلفة في سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها في العام التالي (سنة ١٨٧٣) .

وقد اقتبس مانوري التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسي ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً مخلاً في كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر في سنة ١٨٦٦ . ولم يغفل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدني المختلط في ٢٨ من يونيو سنة ١٨٧٥ . ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين — كان فيهم

---

(١) انظر مثلاً لنا نشرناه في مجلة القانون والاقتصاد (سنة السادسة ، العدد الأول) في جريب شيخ الساعات المسمى ، وقد نشر قسم من هذا المقال في السكبات القديمة للعدد المحامي المجلد ١٠٠٠

محمد قدري (باشا) وحسين فخري (باشا) وبطرس غالي (باشا) — وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسائر التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختلطة ، أن تطلعت إلى إصلاح القضاء الوطني وتنظيمه على غرار القضاء المختلط . وكان ناظر الحفانية إذ ذاك محمد قدري باشا . فتألفت في أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موريوندو Moriondo وهو محام إيطالي عين قاضياً في محكمة الإسكندرية المختلطة في سنة ١٨٧٥ . وبقي في القضاء المختلط حتى وصل إلى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة . وتوفي سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لائحة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت في ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة في الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها على مثال التقنينات المختلطة . وكان من نصيب الأستاذ موريوندو أن يضع التقنين المدني الوطني . فقله نقلاً يكاد يكون حرفياً من التقنين المدني المختلط . واشترك محمد قدري باشا مع الأستاذ موريوندو في وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العربية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائي . ولما أخذت الثورة أعادت الحكومة النظر في لائحة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها معدلة في ١٤ من يونيو سنة ١٨٨٣ . ثم أصدرت التقنين المدني الوطني في ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ . فالتقنينات الخمسة الأخرى في ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهبه (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختلطة التي سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض (١) .

وقد سجلت قوانين الإصلاح المختلطة والوطنية في تاريخ التقنين المصري مرحلة تقدم واسعة في العهد الذي صدرت فيه ، وقضت على كثير من مساوي.

(١) انظر في الإصلاحات القضائية التي تمت في ذلك العهد : بوريللي ملك القاهرة سنة ١٨٩٢ ص ٢٧ — ٢٩ — دي روزاس في نظام الامتيازات الأجنبية في الامبراطورية العثمانية باريس سنة ١٩٠٥ الجزء الثاني ص ٢٧١ وما بعدها — دي هانس جزء ١ ص ٧ وما بعدها — عبد السلام دهني في مسؤولية الدولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعدها . انظر في القضاء =

الماضى . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فطورت المدنية ، واستدار الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقنع اليوم بما كانت تقنع به بالأمس ، وأخذت عيوب هذه التقنيات تظهر شيئا فشيئا . وبحسبى أن أشرهننا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدني القديم .

وأول ما يعيب هذا التقنين أنه محض تقليد للتقنين الفرنسى العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده . والتقنين الفرنسى قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذي يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفى خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقارن إلى مدى جعل التقنين الفرنسى فى الصف الأخير من التقنيات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت فى العقود الأخيرة ، ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنيات القرن العشرين ، ولا نجد لها أثراً فى التقنين الفرنسى ، وقد ولد فى فجر القرن التاسع عشر ، ولا فى تقنيننا المدني الذي أخذ عنه . فبدأ التسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات . وتنظيم الملكية فى الشيوع ، وعقود التزام المرافق العامة ، وعقد التأمين ، وحوالة الدين ، والإعسار المدني ، كل هذه المسائل الخطيرة لانعثر على نص واحد فيها لا فى التقنين الأصل ولا فى التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنينان من النظريات والأحكام ، نرى الكثير منها ناقصاً مبتوراً . ويكفى أن نشير إلى أهم نظرية فى القانون المدني وهى نظرية الالتزام ، وإلى أهم باب فيها وهو باب المصادر . حتى يظهر بجلاء أن أحكام العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وردت فى التقنينين غامضة مقتضبة . فلا نجد فى أحكام العقد شيئاً عن النيابة فى التعاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ولا عن الحق فى الحبس ، بل نحن لا نجد فى

---

= المختلط المصرى واختصاصاته التشريعية بروكسل سنة ١٩١١ ص ٨ وما بعدها — دى ميه فى اختصاص القضاء المختلط فى مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ ص ٩ وما بعدها — مينا فى القانون المدني المصرى المختلط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ وما بعدها — برتون فى المحاكم المختلطة فى مصر سنة ١٩٣٠ ص ٩ وما بعدها — الكتاب الذهبى للعيد المحسى المحاكم المختلطة — الكتاب الذهبى للعيد المحسنى للمحاكم الوطنية — فال والاكتور ماش فى القانون التجارى المصرى سنة ١٩٣٣ الجزء الأول ص ٧١ — الدكتور رمزى سيب فى تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ١٩ وما بعدها .

مسألة من أدق مسائل العقد ، وهي مسألة تكوينه ، إلا صمتا محيرا . فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التعاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد في المسؤولية التقصيرية إلا عدداً قليلاً من النصوص تسكت عن أهم المسائل في هذه المسئولية . أما في الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة في هذا الموضوع الخطير (١) .

ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين في بعض المسائل ، كما فعل في ترتيبه لمصادر الالتزام وفي عيوب الرضاء والهبة المسترة والتضامن في المسؤولية التقصيرية والمصرفات الفاحشة في بيع الوفاء وامتيار المقاول من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربى بكثير على ما تجنبه منها .

ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتصاب . وفيه غموض وتناقض . ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتصاب فيكفي أن ننصفحه لتبين ذلك في وضوح . فهو في حق الملكية ، أهم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين : يتحدث في الثاني منهما عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضيفها انتشاراً في مصر ، فإذا به يفيض في نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسي تقلبداً أعمى ، حيث حق الانتفاع في فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون الميراث . ثم هو في نظرية الالتزام يفيض في المسائل التي لا حاجة للافاضة

---

(١) وقد كان التفكير في تنقيح التقنين المدني الفرنسي يلقى مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون في فرنسا في أوائل هذا القرن . ولكن فكرة تنقيح ما لبثت أن اختصرت أمام التقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين في القرن العشرين وأمام قدم التقنين المدني الفرنسي ووقوفه عن مسيرة التطور . فنقرر تنقيح هذا التقنين تنقيحاً شاملاً ، وشكلت لهذا الغرض في سنة ١٩٤٥ لجنة من كبار رجال القانون في فرنسا ، وعلى رأسهم عيديات الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليودي لا موراندير Julliot de la Morandière ولا تزال اللجنة صانعة في عملها ، وقد أخرجت حتى اليوم أربعة أجزاء من أعمالها التحضيرية (سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٩) .

فيها كما فعل في الالتزامات التخيرية والالتزامات التي يكون القانون مصلها ، ويقتضب في المسائل التي هي في أشد الحاجة إلى البيان والتفصيل كما فعل في تكوين العقد وفي الاشتراط لمصلحة الغير وفي الدعوي البوليصة وفي المسؤولية التخيرية وفي الإبراء بلا سبب .

وفي التقنين القديم غموض وتناقض . يتفشى الغموض في كثير من نصوصه الجوهرية . ويكفى الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالدعوي غير المباشرة والدعوي البوليصة والالتزام الطبيعي والشرط الجزائي والمحل والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والتضامن وعمل الفضي والحيازة ، لتبين أن هذه النصوص قلقة غامضة لا تخلص إلى معنى مستقر ثابت . أما التناقض ما بين أحكام التقنين القديم فهو أمر غير نادر الوقوع . إذ بينما يحمل المشتري تبعه الملاك في بيع المثليات قبل التسليم ، نرى البائع هو الذي يحمل هذه التبعة بوجه عام . وقد ساءر التقنين القديم التقنين الفرنسي في الأولي ، ونقل عن الشريعة الإسلامية في الثانية . وبينما لا يجوز للمدين المتضامن أن يمسك بالمقاصة التي وقعت لغيره من مدينين المتضامين ، إذا به يجوز له أن يمسك بها بقدر حصته في الدين . وفي الوقت الذي يجيز فيه التقنين القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد : إذا به يقرر في عبارة عامة وفي غير احتراز أن العقود لا ترتب عليها منفعة لغير عاقيدها . وينزل بالحد الأقصى للفوائد الاتفاقية إلى ٩ في المائة : ولكنه يرتفعه في عقد القرض إلى ١٢ في المائة . ولم يسلّم التقنين المدني الوطني من أن يتناقض في بعض أحكامه مع التقنين المدني المختلط . فالتقنين الوطني بشرط في حوالة الحق رضاء المدين . ويكتفى التقنين المختلط بإعلانه . ويبيح التقنين الوطني بيع المحصولات قبل أن تنبت ، ويحرم التقنين المختلط هذا البيع . ويجعل التقنين الوطني أقصى مدة الاسترداد في بيع الوفاء خمس سنين . ويقتض التقنين المختلط هذه المدة إلى سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم . منها أنه أغفل أهم شرط في التملك بالتقادم القصير . وهو شرط حسن النية . ونقل أحكام بيع المريض مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوق في غلطتين : نظر إلى مال البائع وقت البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت ، وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع والصحيح أن العبرة بالتقدير العادي له . وقرر أحكاماً غريبة في النفقات نقلها

عن القانون الفرنسي وهي تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها ، بل تنفق على زوجة أبي زوجها . وذكر أن ملكية الميع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائي التزاماً تخبيرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخيرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين ينقضى ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد . وزعم التقنين المدني المختلط أن القسمة منشئة للحق . والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة .

### العيوب الشكلية :

وفي التقنين القديم — إلى هذه العيوب الموضوعية — عيوب شكلية ترجع إلى تبويه وإلى ازدواج لغته . فتبويه واضح العيوب . إذ هو يجمع في كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية : وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء . ويفصل في كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود المسماة . ولا محل لهذا الفصل . فالعقود المسماة تتصل بنظرية الالتزام أوثق الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين : ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازي ويورده دون غيره في العقود المسماة . ولا يشمل على باب تمهيدي لمصادر القانون ولتطبيقه في الزمان والمكان ، ولغير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلي لا تقل عن عيوب التبويب العام . ففي الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية نرى قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق ، ولا نرى أثراً للملكية في الشيوع ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب في المكان المخصص للشركات . وفي قانون المرافعات (م ٧١١/٦٢١ مرافعات) . ونرى قاعدة جوهرية كالعقود التي تنقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية موزعة توزيعاً غريباً بين التملك بالعقد (٦٨/٤٦٨) والتملك بالتقادم (م ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧-٦٠٨/٧٣٣-٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأي ترتيب منطقي أو على لوحظ في تسلسل أسباب كسب الملكية . وفي الكتاب الثاني المخصص لنظرية الالتزام نرى

نظرية الالتزام في ذاته مشطورة شطرين توسطت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثاني يتناول أول مصادر الالتزام وهو العقد . والباب الثالث يخلط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يقبض في المصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلى الانفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة في نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ورتبها ترتيباً غير منطقي . وبعضى الباب السادس في إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه في هذا الكتاب أصلاً ، وإنما تجده منزوياً في الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفي الكتاب الثالث الذي خصص للعقود المسماة تجدد هذه العقود قد وردت واحداً بعد الآخر في غير ترتيب واضح . فيأتي بعد البيع الإيجار وهو يمزج ما بين إيجار الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فعقد العارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع العقود دون ترتيب ، فتخلص من الودعة إلى الكفالة ، ثم إلى الوكالة ، فالصلح ، فزمن الحيازة ، فالغاروقة ! أما الكتاب الرابع فقد قدمنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادي في التنفيذ على أموال مدنيه ، ومن ثم رد إشارة إلى الدعوي البوليصة (٦٨٠/٥٥٦م) ، والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالزمن الحيازي يرد في العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية ، ثم أحكام تفصيلية في دفاتر التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلي ، فإن الترتيب الداخلي لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقي أو اعتبار عملي . ولا حاجة للخوض في ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلي - يقابله نص رسمي ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدليس ، بشرط النص العربي أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا يشترط

النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هو النص الفرنسي ، فقد أراد المشرع المصري أن يتجنب عيباً في القانون الفرنسي بأن يجعل التدليس الصادر من الغير كالإكراه الصادر من الغير عيباً في الرضاء . وإعذار المدين ، يقرر النص العربي أن الإنذار فيه يجب أن يكون رسمياً ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هنا هو النص العربي . والوفاء مع الحلول ، لا يشير النص العربي فيه إلى دين جديد يحل محل دين قديم ويصرح النص الفرنسي بذلك ، والصحيح هنا أيضاً هو النص العربي . واسترداد الحصة الشائعة ، لا يشترط النص العربي في الشركاء أن يكونوا أصليين ويشترط ذلك النص الفرنسي ، والصحيح هو النص الفرنسي (١) . فأنت ترى قدر الاضطراب الذي يقع من ازدواج لغة التشريع ومن عدم اضطراد القاعدة في الأخذ بأي النصين ، فتارة يؤخذ بالنص العربي ، وأخرى بالنص الفرنسي . هذا إلى أن الترجمة العربية ، وهي النص الرسمي ، يقع كثيراً أن تكون ترجمة خاطئة لم تتحرر الدقة فيها (٢) .

## ب) التنبيه السامع :

هذه هي عيوب التقنين القديم أشرنا إليها في إيجاز لأن الكثير منها معروف . وتقنين على هذا القدر من العيوب لا يجوز التردد في القول بوجوب تنقيحه ،

(١) انظر أيضاً في التقنين الوطني المادتين ٨٤ و ٨٥ وهما خاصتان بوقف سريان المدة ، والمادة ١٣٤ وهي خاصة باللفظ ، والمادة ٢٧٠ وهي خاصة بتسجيل عقد البيع .  
(٢) انظر أمثلة لذلك في التقنين الوطني المواد ٩٤ و ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦ و ١٣٧ و ١٩١ و ٢٠٩ و ٢٦٢ و ٢٦٥ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٤٩٩ و ٥٣٨ و ٥٣٩ (الفروض) — ٨٤ و ٨٥ (الخطأ) .

هذا إلى أن النص العربي قد نقى فيه عدم الدقة في التعبير وركاكة الأسلوب . والأشبه على ذلك كثيرة . فالإلغاء لفظ يراد به البطلان (م ٤٨ و ٥٣ و ٤٦٠) ، والقفل هو العمل القانوني (م ١٤٣) ، والمفاوضة هي المقايضة (م ٣٥٦ وما بعدها) ، والمبرى هو الدولة (م ٧٣٠ و ٥٧٠ و ٦١٤) ، ووضع اليد هو الاستيلاء (م ٤٤٤) ، وإضافة الملحقات للملك هي الانصاف (م ٤٤٤) ، والمدان هو الدائن (م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١) ، والمشاركة هي العقد (م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ٤١١ و ٤٤٢ و ٣٦٠) ، والملزومية هي الالتزام (م ٣٠٢) . ويبر القانون القديم عن الشيء الذي لا يفترض فيقول «لا يحكم فيه بالظن» (م ١١٥) ويقول يتحمل ويستحصل بدلاً من يحصل (م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٦٩ و ٥٩٠ و ٥٩٦ و ٥٩٩) ، ويبر عن السيد يستقدم الخادم استناداً خامساً بأن السيد «قد استعصر الخادم بالخصوص» (م ٤٠٣) الخ .



وبتفقيحه تنقيحاً شاملاً . فالتنقيح الجزئي لا يجدي في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثابا التقنين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان التنقيح الشامل هو المبدأ المقرر في جميع اللجان التي توالت على تنقيح هذا التقنين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلى أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلى المذكرة الرسمية التي كانت أصلاً في تأليف اللجان جميعاً .

والتقنينات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختلف عليها الزمن ، لا يجدي فيها الترقيع . وبحسبك أن تنظر إلى التقنين المدني النمساوي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم نقح تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولى ، تراه رثاً مهلهلاً يطالعك فيما بين ثاباه القديمة البالية يقطع مرقعة تلمح فيها الجدة ، فتعجب من هذا الازدواج الغريب ما بين القديم والجديد ، ويفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التنسيق والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجهل الناس به ، مع أنه من أهم التقنينات الجرمانية . ويكفي أن تقارن بينه وبين التقنينين الجرمانيين الآخرين ، الألماني والسويسري ، حتى تبين أنهما يمتازانه كثيراً في الفاصك والانسجام ، وإحكام الحيك ، وكمال الصنعة

وقد عمد واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إلى التنقيح الشامل دون التنقيح الجزئي ، فظلموا على الناس بأثر تشريعي جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما نقحو تقنينهم المدني في العهد الأخير ، فجاء تنقيحهم شاملاً جامعاً . وهذا هو ما اعتزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم ينقحون تقنينهم المدني العتيق تنقيحاً شاملاً ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التقنين الإيطالي والتقنين الفرنسي في هذه الحاجة إلى التنقيح الشامل ، وقد نقح أولهما فعلاً وأخذ الثاني طريقه إلى التنقيح ، فما أولى التقنين المصري بالتنقيح الشامل وهو الذي جمع إلى عيوبه الذاتية عيوب الأصل الذي حاكاه .

والآن وقد تم التنقيح ، واستوي التقنين الجديد متخذاً مكانه بين التقنينات الحديثة ، أريك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملاً ؟ وهل كان يجدي فيه التنقيح الجزئي ؟ وأن كانت النصوص الجديدة تجد مكانها بين نصوص التقنين القديم ، وهي لا تنقل في العدد عن هذه ، وكلها بين نصراً واسع الضرورة ونصراً محقق النفع ؟ ثم أما كان التنقيح الجزئي يفرص بقاء التقنين على تقسيمه القديم

بما حواه من عيوب ، وعلى تبويه الأصل بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه  
المهود بما اعتوره من خلل ! (١) .

### جـ ( الظروف التي نبث فيها فكرة التنقيح :

نبث فكرة تنقيح التقنين المدني منذ عهد بعيد . وقد كان التقنين القديم  
منذ صدوره محلاً لتعديلات جزئية متفرقة (٢) .

(١) وقد عرضت «لجنة القانون المدني» لمجلس الشيوخ لهذه المسألة في تقريرها القيم الذي  
ومنه للجلسة ثالث : « ويراعى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة ومبلغ التنقيح في  
الأحكام التفصيلية هما العنصران اللذان يتحكمان بصفة فاعلة في أمر المناقشة بين الأسلوبين المتقدم  
ذكرهما (التنقيح الشامل والتنقيح الجزئي) . فالتقنين الحالي لم يتضمن إشارة إلى حكم  
تعاقب التشريعات في الزمان ، ولم يفرد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . إحداها تتعلق  
بالمواريث والثانية بالإصاها والثالثة بالأهلية . ولم يشتمل على قواعد عامة في شأن الشخصية  
الجنسية ، ولم يورد أحكاماً عامة أو خاصة في صدد حوالة الدين أو عقود الغاومات أو الترامات  
الموافق العامة أو عقد العمل أو الحكر أو إيجار الوقف أو تنظيم الإعسار أو نصبة التركات .  
وإذا لم يحظ أن المواد التي تنظم هذه المسائل يربى عددها في المشروع على نصف عدد مواد  
التقنين الحالي القديم وأن الارتباط بينها وبين سائر المسائل التي يتناولها التقنين المدني لا يسوغ  
معه استصدار تشريعات خاصة بالنسبة إليها ، رجحت كفة التعديل الشامل على نحو لا سبيل إلى  
الشك فيه . وثمة موضوعات أخرى أجل التقنين الحالي (القديم) الأحكام المتعلقة بها إجمالاً  
أدخل في معنى الاضطراب ، كشكوى العقد والدعوى البولعية والاشتراط لمصلحة الغير  
والمسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية والحراسة والملكية الشائعة وملكية الغائب ورهن  
الحيازة وحق الاختصاص . وتفصيل مثل هذه الأحكام على تشعبها لا يجدي فيه أى تعديل جزئي  
إلا إذا أريد التفاضي ٤٤ بلباسها من عيب في غير حاجة أو معلقة . والواقع أن الأمر  
لا يتعلق بمجرد التفصيل لإزالة الإضاح أو إزالة الإبهام ، ولكنه يتصل باستكمال أحكام ترتب على  
قصورها في كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب المعاملات . ومن الحق أن حسم هذا  
الحلاف من طريق التزوية صراحة بالحكم لا يتيسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذي  
تقدمت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . وقد راعت اللجنة فضلاً عن ذلك أن التعديل  
الشامل يمين على إعادة ثبوت القانون نوباً متعاقباً يبرر نواحي الارتباط والتقابل بين  
الموضوعات ويسر الجمع بين أطراف مسائل انتشرت أحكامها في التقنين الحالي دون نظام رغم  
ما بين أجزائها من وثيق الصلات . بهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينهج هذا النهج  
المطابق المنسق في البوب ، وأن يؤصل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق في الحبس والرفع بعدم  
التنفيذ والباية في التمسك وحقوق الارتفاق وحقوق الامتياز . ففي ذلك ما يبعين على تقرب  
الأحكام من الأذهان ويسر فقها وتطبيقها . (ندوة الأعمال التعصيرية ١٣١ - ١٢٥) .

(٢) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر الدالى الصادر في ٣ سبتمبر سنة ١٩٩٦ =

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر في إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيما فكرت فيه تنقيح القانون المدني .

على أن التنقيح الشامل لم يكن محلاً للتفكير في تلك العهود . ولكن التطورات العميقة التي ساقها الحرب العالمية الأولى مالبثت أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون المصري من الأجانب في ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيللي (١) والأستاذ مسينا (٢) والأستاذ والتون (٣) والأستاذ بوايه (٤) . فكان الأولان من خصوم التنقيح الشامل ، والأخيران من أنصاره (٥) .

وأول تصريح رسمي حاسم في اعتزام الحكومة تعديل التقنين المدني والتقنينات الأخرى تعديلاً شاملاً ورد في الخطاب الذي ألقاه وزير الحفانية في

== من تحويل حق أمحلب الألبان الحراجية إلى ملكية عامة . وكذلك الأمر العالي الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخاصة ، وهو قانون يكمل التقنين المدني ليعمل له . وصدر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال يقص سعر الفوائد القانونية إلى ٥٪ في المواد المدنية (وكانت ٧٪) وإلى ٧٪ في المواد التجارية (وكانت ٩٪) ، ثم صدر مرسوم بجانوف في مارس سنة ١٩٣٨ ينقص سعر الفوائد الاتفاقية إلى ٨٪ مع جواز خفضها إلى ٧٪ بملضى مرسوم . وصدر أمر عال في ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يعدل التقنين المدني المختلط بيلغى الرهن القضاى ويستبقى عنه بحق الاختصاص . وصدر في ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المختلط ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطنى) قانون مستقل يعدل أحكام النفقة — انظر أيضاً ذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتعديل المادة ٧٤١ مختلط الخاصة ببيع الديون الممتازة على المقار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ مختلط الخاصة بحق المجرى والسيل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٦٩٢/٥٦٨ الخاصة بالفوائد التي يفسنها قيد الرهن . وصدر قانونان رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانونان رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع الوفاء الذى يخفى رهن حيازة ، وقانون رقم ٨٨ سنة ١٩٣٣ لطرح البحر وأسكه ، وقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ لحماية الدائن المرتهن .

(١) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .

(٢) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .

(٣) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .

(٤) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٢٩ .

(٥) أنظر تفصيل ذلك في مقال لنا نشر في مجلة القانون والاقتصاد في تنقيح القانون المدني (العدد السادس الممدد الأول) وهو المقال الذى سبقت الإشارة إليه .

عيد الاحتفال الحسينى بأحكام الوطنية في سنة ١٩٣٣ (١). وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذى كان سائداً في ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين ، فنادوا بوجوب تنقيح التقنين المدنى تنقيحاً شاملاً (٢) .

ثم توالى الأحداث السياسية ، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقترب . ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب . وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦ ، بوقت الوزارة التى كانت قائمة في الحكم إذ ذاك — وزاره على ماهر باشا — أن هذه المعاهدة لا بد أن تعرض للامتيازات الأحسية ، وأن تقضى بإلغائها . فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضى تعديل التقنينات المصرية التى وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، ونقلت نقلاً يكاد يكون حرفياً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها . فأخذت للأمر أهيته ، وشكلت لجنتين ، إحداهما لتعديل التقنين المدنى والتقنين التجارى وتقنين المرافعات ، والأخرى لتعديل التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية .

## ٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

( اللجان التى تعاقبت على تنقيح القانون المدنى )

### اللجنة الأولى :

وكل إذن إلى إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدنى تنقيحاً شاملاً . وكانت هذه اللجنة برئاسة مراد سيد أحمد باشا ، وأعضاؤها سبعة غير

(١) وقد جاء في هذا الخطاب ما يأتى : « أما من حيث التشريع فإن القوانين التى وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها . وهناك به في مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها حتى تضارع أحسن القوانين في البلاد المتقدمة ، وستؤلف لجنة خصيصاً لهذا الغرض من رجال خبراء أكفاء » (انظر الكتاب الذهبى للميد الخديوى للمحاكم الوطنية ١ ص ٧) .

(٢) وقد عمر المال الذى نعتناه بمناسبة العيد الحسينى للمحاكم الوطنية في وجوب تنقيح القانون المدنى عن هذا الشعور ، جاء به ما يأتى : « وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فمن نخب أن يكون لهم صوتها في هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعلم بأمانة عن رأى المصريين المشتملين بأننا نؤمن إذا قلنا إن التنقيح المدنى المصرى في أشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع » .

مرس ١١) وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر في أول مارس سنة ١٩٣٦ . وحدد المجلس عامين للجنة لكي تتم في خلالها أعمالها ، واشترط تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التي نيّطت بهم تفرغاً تاماً في نظير مكافآت مالية تصرف لهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى في المدة ما بين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ . تاريخ افتتاح عملها الرسمي . و٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها . عشر جلسات وزعت في خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التمهيدية للقانون المدني على أساس المشروع الذي تقدم به الأستاذ لبنان دي بلفون أحد أعضائها . وهي تتعلق بمصادر القانون ، وتنازع القوانين . وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد من هذه النصوص أربعة هي المواد الأولى فيه ، وكذلك استبقى مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لبنان دي بلفون في الأشخاص المعنوية والجمعيات والمنظمات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكدر تقضى في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً في النفقات ! وكان ذلك على أثر تغير الوزارة . وقد أنجزت هذه اللجنة — عدا النصوص التمهيدية في القانون المدني التي سبقت الإشارة إليها — ما يقرب من ثمانين مادة من القانون التجاري تتعلق كلها بالكيالة وأوراق الصرف (٢) .

---

(١) ومم صلب ساي (باشا) وموسيو لبنان دي بلفون ومستر مري جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دي فيه وموسيو الفريد واسكولى وعبد الرزاق أحمد السهورى (باشا) .  
(٢) ورد في مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ (سنود إليها فيما يلي) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتي : « في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة الحفانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحمى البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن مسيرة التقدم الاجتماعى ، وبالرغبة المتزايدة في توحيد التشريعات الأهلية والمختصة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يهد إليها بهذه المهمة . وقد وافق مجلس الوزراء على هذه المذكرة ، وقرر في أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التي اقترحتها وزارة الحفانية وأقام نظامها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة الاستهاء من العمل ، وتفرغ الأعضاء وأعوانهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . والآن بعد أن اجلس الوزراء في هذا العهد كان بصيراً كل البصر بخضرة هذا العمل التشريعى وما يقدر تأخره من الخوفاً ، وكان مدركاً تمام الإدراك أن حرس القانونيين على بلوغ الكمال أو الدوام قد يفريهم عدم التقيد بزمان معين لتفراح من مهمتهم . ولما كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعى قد بلغت —

## اللجنة الثانية :

وبقي العمل معطلا بعد حل اللجنة الأولى إلى أن صدر في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برئاسة كامل صادق (باشا) ومعه عشرة أعضاء (١) . على أسس تغير الأسس التي قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وألغى نظام التفرع والمكافآت وقد طرح من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية ، وعهد إليها بمهمة من القانون المدني وقانون التجارة البرى والبحرى ، بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية في المدة ما بين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و ٢١ من يولية سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها ما يقرب من عشرين جلسة . انتهت فيها إلى الموافقة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشعنة والكنانة وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد من هذه النصوص المتعلقة بالشعنة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها (٢) .

== إلحاحها ملما لا يتيح الإسراف في الأناة ، بعد حدد قرار مجلس الوزراء عاهي لاجلة لكي تتم في خلالها أعمالها . وإذا كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لحسامة العمل الذي أسند إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التي تكفل إتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل . فاشتراط أولا تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونتهم للمهمة التي نبضت بهم نفعنا نانا . لذلك تقرر منهم من القيام بأعمال وظائهم الأصلية من طريق الانتداب الكامل ، كما حرم على أصحاب الهم الخيرة منهم أن يزاولوا منهم . ولما كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جهدا إضافيا من القائمين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعاونهم من الكثرين الفنيين وإداريين مكافآت مالية توضحهم عن جهودهم وتحفزهم على الحرس على إتمام العمل في الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تحديد الزمن والتفرغ والمكافأة ، تم تشكيل اللجنة ... .

(١) وهم صليب سامي ( باشا ) وعبد الفتاح السيد بك ومصطفى الشوربجي بك ومحمد دؤاد حسي بك والمستر مري جراهام ومحمد كامل مرسى ( باشا ) وموسيو موريدي في وشيفانيه انطونيو بيتا وموسيو ليون باسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد في مذكرة وزير العدل التي تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يولية سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتي : في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين المدنية والتجارية تكلف الدولة عتبا ماليا باعضا ، فهي تكبد الخزنة ما يزيد على ٤٨٠٠٠ جنيه وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على =

## اللجنة الثالثة والاغلبية :

وفي ١٦ من يونية سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة باشا - وكانت الوزارة قد تغيرت - بذاكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحيه نظام اللجان للبدء بأعمال التفتين ، كما أن التجربة في أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التفتين إلى أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على الرأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلى لجنة تتولى مناقشته وتقويم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد فى وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى إلى اثنين من المشتغلين بالقانون يختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما وبتماه فى مدى ستة شهور .

وفي ٢١ من يونية سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ماجاء بذاكرة وزير العدل ، فحلت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفى ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير

---

== أسس تناقض الأسس الأول ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة ، وألغت نظام المراجع ، وألغت المكافآت ثم صدر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية . على أن عقد مقارنة عاجلة بين اللجنتين تتيج الوقوف على عيب الأسس التى قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففى حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً فذا فى عملها ، إذ عقدت فى مدة شهرين تسع جلسات أتمت فى خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بعض نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية جثية فى عملها ، لم تقدم فى خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء محدودة من التفتين ، هى النصوص التمهيدية ، والنصوص الخاصة بالمواطن . والواقع أن هذا الهارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء فضلا عن أعباء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم يتج لها الإكثار من الكفايات العقبية والكفايات التى توفرت على خبرة خاصة بشؤون التفتين . ثم أن شعور الأعضاء بتفصلهم بذلك العمل لم يكن ينفق مع تحديد فترة معينة يتدون فى خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأمم التى سبقت مصر فى ميدان التفتين قد دلت على أن هذا العمل ينب أن يحدد له أجل معين ، وبفضل الأجل القصير فى هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية فى تطور مستمر ، فلو أميل أجل التعديل أقدر له أن بطل متخلفا عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ولعل الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وقصره بفضى لزاما إلى وجوب تفرغ من يعهد إليهم بثأت التفتين لهذه المهمة ووجوب توفهم على ما تنسبه من كفايات خاصة .

العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإستاد مهمة وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى لإثنين من رجال القانون أحدهما الأستاذ إدوار لامير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثانى مؤلف هذا الكتاب (١) .

والى هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذه وزير العدل - لجنة قليلة العدد لا تحاوز اثنين تتفرغ لعملها تفرغاً تاماً (٢) - يرجع الفضل فى إنجاز المشروع التمهيدى فى قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه فى سنة ١٩٤٢ (٣) . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة

(١) جاء فى تقرير «لجنة القانون المدنى» مجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١) : «لقد بدأت الجيود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٢٦ . وفى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ ناضت وزارة العدل (بمضرة صاحب المالى) عبد الرزق السنهورى بأشأ مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل إلى رجال القضاء وأساتذة القانون وسائر الهيئات للدلالة بالرأى فيما تضمن من أحكام» . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم نواته الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة . إلا أنه اشترك اشتراكاً جدياً فى الأعمال الأولى ، وقام وحده بوضع بعض نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود القالة والالتزام المرافق العامة والعمل والتأمين .

(٢) وقد عاون اللجنة الدكتور حلمى بهجت بدوى فاشترك فى أعمالها الأولى ، ثم جئت ظروف قطعتنى عن العمل ، وأستاذان استنوبت وساسى اللذان كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، فوضع الأول منهما المشروع الابتدائى للباب الخامس بآليات الالتزام والفصل الخامس بعقد الشركة ، وعاون الثانى فى وضع النصوص الخاصة بتنزع القوانين من حيث المكان .

وتألفت سكرتارية نية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقس وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتقسيم الأشياء وعقود القرض والمارية والوديعة ، والأستاذ عبده محرم بك وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالمحراسة ، والدكتور محمد زهير جبرانة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والرهان والمقامرة ، والدكتور شفيق شحاتة وقد اشترك فى أعمال المراجعة وبخاصة ما يتعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعاً أولاً للنصوص الخاصة بمحوالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى بك ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجعته مراجعة شاملة .

واستعانت اللجنة فى بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوضعية هم الأساتذة محمد عزمى بك وعبده محرم بك وأحمد زيد بك وعبده العزيز محمد بك ونجيب أحمد بك .

(٣) وضع المؤلف المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الخامس بنظرية الالتزام باللغة الفرنسية حتى يتفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة فى أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد بغدادى ، كما عاون فى وضع الجزء الأول الخامس بالباب التمهيدى متفقاً بما تركه الأستاذ لامير من مذكرات فى هذا الباب .



القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات (١) .

وفي ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون (٢) ، تعاونها هيئة فنية (٣) ، لمراجعة المشروع في ضوء ماتم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات . وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها . وقد عقدت اللجنة المراجعة هذه أولى جلساتها في أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدي في ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ .

وأرسل المشروع النهائي إلى مجلس الوزراء في ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ (٤) .

---

(١) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً في المشروع التمهيدي ، وأرسلته للدلاء بالرأى إليه إلى محكمة النقض ومحكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية والمختلطة وأقسام قضايا الحكومة وقائني المحامين الوطنية والمختلطة وكبار رجال القانون البارزين وكلية الحقوق بجامعة فؤاد وحامدة فاروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل السابقين وبنك مصر والبنك الأهلي والبنك الزراعي وبنك التكليف الزراعي وطلاقة من رجال القانون المعروفين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض وإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع هذه الهيئات . وأرسل الكثير بما عن فهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظات فدرستها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدي بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برئاسة المستشار بروتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ أحمد حلمي بك ، ومحكمة لئيا الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ محمد عزى بك .

وتفضل عميد رجال القانون في مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمي باشا فعنى بمراجعة جميع نصوص المشروع مراجعة دقيقة شاملة .

(٢) هم الشيخ المحترم مصطفى محمود الشوربجي بك عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أبوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مرسى (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان حافظ بك المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية .

(٣) وقد شكلت من الأستاذ عبده محرم بك مدير مكتب لجان التشريع بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بغدادى أستاذ القانون المدني بجامعة فاروق والدكتور سليمان مرقص أستاذ القانون المدني بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحاتة أستاذ القانون المدني بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكى بك رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية .

(٤) أرسله وزير العدل أحمد خشبة باشا . ومن المصادقات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذى شكل في سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة ، وهى اللجنة التى أنجزت المشروع .

وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة (١) ، وصدر مرسوم تعرضه على البرلمان في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٥ (٢) .

وعرض المشروع على مجلس النواب ، بعد أن أحيل على « لجنة الشؤون التشريعية » برئاسة حضرة النائب المحترم على أيوب بك وكبير المجلس (٣) .

(١) وقد رفض واضعو المشروع القديسي أن يحملوا المشروع يشتمل من المادة ١٠٠٠ إلى المادة ١٢٥٣ ، بل يجوز أن يصرح في نفس مدى حديث ، حتى لا يحمل - ذلك على وجه عام - في أن تصرف من هذه النصوص ما ترى الاستغناء عنه . وصدروا المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الثاني .

(٢) في المادة ١٠٠٠ من المشروع أن النصوص الواردة فيه هي المادة الأولى لما ينص على أن يصرح في نفس مدى حديث دون أن يؤخذ عليه إسراف في التفصيل . على أن ثمة تعديلات شاذة في نصوص قد صيغ استأثر بها إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها . وإذا كانت هذه التعديلات قد تبنت في المشروع ، فقد أريد من ذلك إلى إصلاح الخلل للاختلاف ، أو إلى اتخاذ التغيير ، ولا سيما أن حذف المادة ١٠٠٠ من شأنه أن يضر من شأنه ما يقصده بوضوح . وقد من ذلك أن تمت حذف المادة ١٠٠٠ من المشروع . مادة هي المادة ١٠٠٠ من المشروع القديسي شتمل عليها إلى ١٢٥٣ مادة هي ما خلصت إليه من المصير في المشروع النهائي .

(٣) وقد عنت « لجنة القانون المدني » بلجنة الشيوخ أن تقرر في قرارها عدد من المصير في وضع القانون المدني الجديد ، وقالت : « وكان وقد أصدرت بلادنا قانوناً مشرقياً ، وأوشك أن يتلقى آخر حال من خلال نظام الامتيازات . بحيث لجنة أنت أقرب من علم اعتباراتها بأن يكون القانون المدني الجديد تعبيراً مصرحاً خالف عن هذه السيادة . وهو ما قد يستتبع أهم تشريع وضعه المصريون أنفسهم . فقد أعد مشروعاً فيه مصرى يشتمل مكانه رفيعة بين علماء القانون . وقد أدلى المصريون بالرأي فيه ، وكان هذا الرأي محل تقدير ودراية . وقد تولت مراجعته لجنة استشارية من رجال أمانة وأعضاء والمخاضة فريق من الجزيين ، وهو في هذه المرحلة الأخيرة يدرس على ثواب الأمة ويشوخوا للظفر في أحكامه . في سوء علمهم وخبرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها . فإذا تجاوز هذه المرحلة ، أصبح القانون المدني « المصري » حقيقة وثبات . وكان للاجتماع الإضافي أن تعز به ، وأن تعلم تحرد العبرة والذكرى أن مصر احتملت على مضى منها قدماً ميباً . ولكننا اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت ، بنفسها ولقسمها ، هذا القانون الجديد » . (مجموعة الأعمال التفضيلية ١ من ١٢٢ - من ١٢٣) .

(٣) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسى ، بدر بك ، وعزيز مشرف بك ، وعبد الحفيظ بك ، وعبد هاشم باشا ، وعبد شوكيت الدين بك ، وعبد توفيق خشبة بك ، وعبد الحفيظ الشرفاوى بك ، وأدكتور علي إبراهيم الرحال بك ، وعبد أمين واز بك ، وأحمد محمديري بك ، ومصطفى النسل بك ، وعبد المصطفى أبو زيد بك ، وحسن محمد اسماعيل بك .

فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية رهاء ستة شهور . من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦ (١) .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتي : « بجملة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون المدنى على لجنة الشؤون التشريعية ، وهو أضخم عمل تشريعى قدمته حكومة إلى البرلمان ، وفوق في أهميته كل ما عده من الأعمال التشريعية ، لما له من أثر بالغ في الحياة العامة في تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات . إذ القانون المدنى هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد . فذلك أولت اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فشككت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسة : تولت الأولى بحث الباب التمهيدى والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود المسماة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق المدنية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بحثه ، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات ، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة . التي والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأ كمله ، فأقرت بعض ما اقترحه اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والعامة صاحب العزة عبده محرم بك مدير إدارة المحاكم الوضعية مندوباً عن وزارة العدل ، فالتقت منه معاونة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات حضرة صاحب السعادة الدكتور عبد الرزاق أحمد السهورى باشا وزير المعارف العمومية السابق بصفته — في مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعت اللجنة لمعاونتها طبقاً المادة ٦١ من اللائحة الداخلية ... ولا يسع اللجنة وهي تحتم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القوية التي أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : إن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى القوانين الحديثة أن يتصل المشروع بهذه القوانين المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه . فن المقطوع به أنه كل نص تشريعى ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، وبحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يغضخ له من مقتضيات ، فيفصل اتصالاً تاماً عن المصدر التاريخى الذى أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر » .

« وقد حان الوقت الذى يكون لمصرفيه قضاء ذاتوقته مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولا يتسرع له التفسير من حلول تبي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضع المشروع من أن يكون لمصر قانون قويم يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتى ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمى للقانون » . « وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجدا المكان الصريح للاجتهاد والاستنباط ، بعد أن افك عنها كل القيد بتابعة قانون واحد معين في تفسيره التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا

وأحيل لمشروع بعد ذلك إلى مجلس الشيوخ ، فقرر في ٣ من شهر يونية سنة ١٩٤٦ إحالته إلى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني ، برئاسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك وكيل المجلس (١) . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مدة عامين ، استتمت في خلالها إلى كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة (٢) . وأحالت المشروع بعد أن أقرته إلى مجلس

---

== في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها . من تنفيذ بمطابقة أي قانون معين . خرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفصح . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٦ و ص ٣٢ ) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمي عيسى باشا ومحمد حسن المشايوي باشا وأحمد رمزي بك وجamal الدين أباطة بك ومحمد علي علوبة باشا وسابا حبشي باشا وخبر راضي بك .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشاري محكمة النقض وأساتذة القانون وقد ناقشها اللجنة طويلا ( أنظر تفصيل ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٩ - ص ١١٨ ) وقد جاء في محضر الجلسة الثامنة والخمسين لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي : « عرضت اللجنة في هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التي أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع قانون المدني من حيث تفهم أحكامه وتفسيرها وتطبيقها . وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع حقه من البحث في تقريرها الذي رفع إلى المجلس . ولكن رعة في زيادة الإيضاح وبأن كيد المعنى الذي ذهبت إليه اللجنة في تقريرها المذكور عودت إلى حصره التبع المحترم محمد الوكيل بك رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يدل ببيان في هذا الموضوع الهام أمام المجلس وهو كما يأتي : ( أولا ) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر ، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استشارة للصياغة وحدها . ( ثانيا ) أن الأحكام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القانون ومن أن للفااضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . ( ثالثا ) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنيات أجنبية في موضوعات جديدة مستفلة (المؤسسات حوالة الدين . ملكية الأسرة . اتحاد الملاك . الإعسار المدني . نصفية التركات ) فقد روعي في وضعها أن تكون متشعبة مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والمعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع ، وبذلك تكون قد انزلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه توافدها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها ومادرج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١٦ - ص ١١٧ )

الشيوخ (١١) ، وأقره المجلس في ٢٨ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ (٢) . وأحيل ثانية إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التي رأى مجلس الشيوخ إدخالها . فأقرها مجلس النواب في ٥ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ ما يأتي (مجموعة الأقاليم التشريعية ١ ص ١١٩) : « بحسب ٣٠ من يولييه سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدني مشروع القانون الذي مدلا على الوجه الذي أقره مجلس النواب . وقد توفرت اللجنة على دراسة هذا المشروع في ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لغاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ . بحضور حضرات صاحب المظالي عبد الرزاق السنهوري باشا وزير المعارف العمومية وصاحب الفكرة عبده محمد حرم بك المستشار بمجلس الدولة والمكتوب حسن أحمد مدادي وكيل كاتبة الحقوق بجامعة قروني الأول ، وأقرعت في محضن بصورة من النهاية ما أتاح لها أن تنبئ من أحكامه وثبتت من مبادئها لأوضاع الحياة وحاجات العامة . وأدخلت من التعديلات ما أوجت به التحارب أو مدرج عليه القضاء أو ما نسر من أمر المعاملات . وحدثت من الحكومة في هذه الساحة معونة سجل لتدوينها بالثناء والتقدير . ولم يبق عن اللجنة ما لتعديل القانون المدني من أمر بالغ في تصاق المعاملات ونطاق العلوم القانونية بوجه عام . باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد السككية النصفة للروابط الأفراد وسائر المخططين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية النصفة للشئ الأكبر من هذه الروابط ، ولذلك حرصت اللجنة كل الحرص على أن يتناول بحثها كل ما يتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجنة في هذا البحث مجرد التفكير النصري أو التعديل النقي . ولم تقتصر في صده على ما كان حضرات الأعضاء المختبرين من آراء ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأمنت النظر في ذليل كل منها ، استغرقت في ذلك كله بأخفاق المستغنى من دراسة نصوص المشروع ... وقد أشرنا في أماكن أخرى إلى من فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) وما يذكر لمجلس النواب والشيوخ بالحمد والتقدير أنها أقرت المشروع في يسر بالترغم من أن كلاهما نظره والدورة البرلمانية تقارب نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلائم ما بين إجراءاته الداخلية ومقتضيات النظر في تدين طويل ذي صبغة ذنية بارزة كالتقنين المدني ، مما دل على أن برلماننا علك من المرونة في العمل ما يجعله صالحا لمواجهة الأعمال التشريعية وفقاً لضيفة كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المخذبين تأجيل نظره للدورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فاجل بهذا التصرف أحكم إقرار المشروع . ومن غريب المصادفات أن موقف المجلس هذا قد حاكم موافقا مما لا يشتمح الألمان عند نظره التقنين المدني الألماني من ١٩ يونيو إلى ٢٧ يونيو سنة ١٨٩٦ . وقد تقدم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألماني على المجلس بغاب تأجيل استقر فيه إلى الدورة ثانية ، فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التقنين ورفض الطلب ، وأقر المشروع في أيام فلاتر ( أنظر سالي : مقدمة في دراسة القانون المدني الألماني باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ - ص ٣٧ ) هذا وقد قدم المشروع إلى مجلس الشيوخ حضرة الديح المحترم محمد محمد الوكيل - وكيل مجلس ورئيس لجنة القانون المدني به - محضاب قيم ، ورد فيه ما يأتي :

وفي ١٦ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره .  
ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل  
به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى من اليوم الذى توحيد فيه القضاء  
المصرى بزوال النظام المختلط ، وبلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة (١) .

تمت وفي منتصف أكتوبر من السنة المقبلة يشرق على القضاء المصرى عهد جديد تتشكل فيه  
البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمنياتنا . ففي هذا التاريخ تختم مصر  
مرحلة مزررة في تاريخها ، وتستفتح مرحلة أخرى كريمة ، يعجز المصريون فيها فوزهم بالحق إلى  
التهوض بتحمل جسيم الثعبان وعظيم الشوالات . وما هي مصر تتخذ الأبهة لمواجهة ما تقتضيه  
هذه المرحلة ، فتعجز إصلاحات تشريعية ضخمة كانت قد تراخت — مضطرة — في إنجازها  
حفية طويلة من جراء القيود التي كان نظام الامتيازات يفرضها . وفي هذه الدورة تعرض على  
حضرانكم تشريعات هامة أساسية ، تناولتها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدني . وقد  
ظل هذا القانون — منذ أن وضع في سنة ١٨٧٦ و ١٨٨٣ — على حاله فيما خلا تعديلات  
جزئية . واليوم يرض على حضرانكم مشروع تنقيحه . وقد تول المصريون أنفسهم إعداد  
وخضيره ، وبدل البرلمان بالرأى فيه . وبهذا يكون التقنين المدني مصرياً في أسلوبه وصياغته ،  
مصرياً في وضعه وعائنه . وهل أبلغ من أن يضيق القضاء المصرى — في الوقت الذى يخاضر له  
فيه الاصل — تشريعا مصرى الأركان والبنان فتقرن سيادتنا القضائية بسيادتنا التشريعية ؟ .  
« وما يجب أن أشير إليه في هذا المقام أن المشروع المروض قام على دعامتين رئيسيتين :  
( الأولى ) الاحتفاظ بالصاغ من أحكام التقنين القائم لأمد اخدود ، فإما من حكم صالح من هذه  
الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب . ( ثانياً ) تبقي . استقر من اسنادى في  
أحكام القضاء المصرى مع ترجيح ما كان منها خليفاً بالتزجيج عند اختلاف المحاكم . وعلى هذين  
الأساسين أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانفتح بثرات المسامى وجعل  
الانفصال من الوضع لقدم إلى الوضع الجديد مجرد تصور طبعى لا يختلف أمره من هذا الوجه  
عن أى إصلاح يستبدل الخير بالذى هو أدنى في غير تطرف أو عنف . وعلى هذا النحو لا يقطع  
المشروع الصلة بين الحاضر والماضى ، وإنما هو يسير الانتفاخ بما استقر من صالح الأحكام في  
التقنين الحالى وفي أحكام القضاء ، وبصقلها صقلا يحضنها أقرب مثالا وأوضح نهجا . وقد عمد  
المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاؤم بين القدر الذى استحدثته من القواعد وبين المبادئ العامة  
التي ألقها الناس في التعامل من قبل . وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح » . ( عمودنة  
الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤١ — ص ١٤٢ وص ١٥٤ ) .

(١) الآن وقد فرغت من عرض المراحل المختلفة التي مر عليها التقنين المدني الجديد .  
أقل كلمة كنت قد ختمت بها مقال الذى نشرته بمناسبة العيد الخمسين للعصاكم الوطنية و  
وجوب تنقيح القانون المدني . وهى كلمة كتبها منذ سبعة أعوام . وما كنت أعلم وقت ذلك  
أن ماردته أملا يطفو النفس سيصبح بعد وقت غير طويل حقيقة واقعة . وهذا ما كتبت في  
خاتم المقال المشار إليه ، أقله هنا تحية فؤلاء الذين ذكرت أسماءهم ، وقد عاودوا بنشاطهم على  
إخراج التقنين الجديد :

وفي ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برئاسة الأستاذ سليمان حافظ بك وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون (١) لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى والمحاضر والتقارير المختلفة (٢) ، ووزعت ماورد في هذه الوثائق على نصوص التقنين .

== على أن كل ماقدمناه ، إذا دل على أن تقنيننا . ميب وأن مراجعته ضرورية ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سلبا ، وأصبح البت في القيام بها أمرا ميسورا . فإن الرغبة مهما كانت صادقة في عمل تقنين هي شيء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب في مسائل التقنين على أن الرغبة وحدهم لا تقنى شيئا . بل أن توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكفي . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الدافعة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيرا بطيئا متوثبا ، يتمز عند كل منعرج ، ويصطدم في كل عتبة ، وفلما يصل إلى نهاية الطريق ... فهل لمصر أن تؤمل في عهد نهضتها الحاضرة أن تضم إلى انتصاراتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادى انتصارا جديدا في النشاط القانونى ، فتعمل على إخراج تقنين مدنى جديد ... أرجو أن يكون ذلك قريبا ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة من ١٤٣-ص ١٤٤) .

(١) وهم الأستاذ عبده محمد محرم بك المنشار بمجلس الدولة والأستاذ محمد أحمد غنيم بك مدير إدارة التفنيس القضائى بوزارة العدل والأستاذ بدوى سمودة بك المدير العام لإدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضي بمحكمة الاسكندرية المختاطة والدكتور سليمان مرقس الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حزاوى عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ يحيى خيرالدين سكرتير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ والدكتور على . على سليمان الموظف بوزارة العدل .

(٢) وهذه هي الوثائق التى جمعتها اللجنة ووزعتها على نصوص اتفاقون ، فوضعت تحت كل نص ما اشتملت عليه هذه الوثائق في شأن هذا النص :

- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٢) محاضر اللجنة التى راجعت المشروع التمهيدى .
- (٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .
- (٥) محاضر جلسات مجلس النواب .
- (٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
- (٧) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
- (٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية في أجزاء سبعة (١) . هي التي نقل عنها في هذا الكتاب ما رزى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال (٢) .

---

= وقد أشير إزاء كل نص إلى ما يفتقنه من النصوص في القانون المدني القديم وفي بعض التقنينات الحديثة وإلى ما عسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التي تتصل بهذا النص .

(١) الجزء الأول في الباب التمهيدى ، والجزآن الثانى والثالث في الطريقة العامة للالتزام ، والجزآن الرابع والخامس في العقود السبعة ، والجزء السادس في الملكية والحقوق العينية الأصلية ، والجزء السابع في التأمينات أى الحقوق العينية الثبوتية .

(٢) هذا وقد أعقب صدور التقنين المدني الجديد أن ألفت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التقنين ، برئاسة الأستاذ سايان حادط بك وعصوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقس والدكتور شفيق شحاته والدكتور على على سليمان . وقد أنجزت هذه اللجنة مهمتها ، ونشرت الترجمة الفرنسية التي راجعها .



## (٢)

القواعد التي قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم - مصادر التنقيح وطرق التفسير  
في التقنين الجديد

١ - كيف عولجت عيوب التقنين القديم

(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان أهم الأول لواضعي التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم  
سواء في الشكل أو في الموضوع .

١ - كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأبنا أن التقنين القديم كان معيباً في تبويبه . ومعيباً في ازدواج لغته وضعف  
أسلوبه . فلننظر كيف عولجت هذه العيوب في التقنين الجديد .

(أولاً) التبويب :

مشتملات التقنين الجديد : كان الأمر الأول الذي نظر فيه واضعو  
المشروع ، وهم يستفتحون علمهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين  
الجديد ، وكيف يبوب ، وكيف ترتب نصوصه في كل باب ، وبتعبير آخر :  
ما هي الخطة plan التي يوضع التقنين الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن  
وضع أن الخطة التي قام عليها التقنين القديم ، بما تحويه من عيوب وما يشوبها  
من نقص ، لاتصلح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم مالبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل  
التقنين الجديد على كل موضوعات القانون المدني ، فيحتوى قانون الأسرة كما  
يحتوى قانون المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يتدرج في

التقنين الجديد أحكام الأسرة . فإن هذه الأحكام ليس مصدرها فحسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهي لم توحد في كل أجزائها بالنسبة إلي جميع المصيرين . وحدث في أحكام الصغير والمحجور ، وحدثت إلي حد كبير في أحكام الميراث والوصية . ولكنها لم توحد في الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدني الجديد بعقبات يتعذر تذليلها واعتزموا الاقتصار على أحكام المعاملات . واستظهروا فيها رسموه لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة تدل في كثير من التقنينات الحديثة . فهذا التقنين البواقي : والتقنين اللبناني . والتقنين السوفييتي في المعاملات : بل والتقنين السويسري في الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنينات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدني . فلا تريب إذن على واضعي التقنين الجديد إذا هم أبثوا قانون الأسرة منفصلا ، وملاسات هذا القانون معروفة (١) .

**قسم عام للتقنين الجديد:** وإذا رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشمل عليه من موضوعات . برز أمامهم سؤال جديد فرضته سياسة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذي اشتمل عليه التقنين الألماني ، وسأبره فيه كثير من التقنينات الحديثة ؟ كان أم . واضعي التقنين الجديد مثلاً من معارضين : مثل التقنين الألماني وما تبعه من تقنينات أخرى ، ومثل التقنين الفرنسي وسائر التقنينات اللاتينية .

فالتقنينات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام : وإنما تجزئ بفصل تمهيدى قصير يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة في تنازع القوانين

(١) بيد أنه إذا عر أن يجمع تقنين واحد للمعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجمع شتات قانون الأسرة في تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدني الجديد . واخطب بير في هذا الشأن ، « قد وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للوقف ، ورابع للعالم الحبية (الصغير والمحجور) ، ولم يبق إلا تقنين خالص للزواج والطلاق والنسب فتجتمع بذلك أجزاء قانون الأسرة . وبهذا كتاب واحد . والأمل معقود في أن يكون ذلك قريباً .

أما التقنين الألماني فقد حوى قسماً عاماً مسهباً اشتمل على مائتين وأربعين نصاً ، تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية العمل القانوني (acte juridique) فعرض فيها لتفصيلات كثيرة مما يندرج عادة في النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التقنين الصيني . وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التقنين الألماني التقنين الأرجنتيني (٣٣١ مادة) والتقنين البرازيلي (١٧٤ مادة) وتقنين السوفييت (٥١ مادة) . وهذه التقنينات جميعها تناولت في هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصادر القانون والتعسف في استعمال الحق والشخص الطبيعي والشخص المعنوي وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة في نظرية العمل القانوني .

لم يتردد واضعو التقنين الجديد طويلاً بين هذين المثلين . فقد رأوا أن مثل التقنينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير في الأحكام العامة لم يعد هو المثل المتبع في التقنينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التقنين الألماني كاملاً ، ولم يدرجوا في القسم العام نصوصاً تناول أحكام العمل القانوني . فإن أصلح مكان لهذه النصوص في تقنين ذي صبغة عملية هو الفصل الذي يخصص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم الأعمال القانونية . فإذا ذكرت أحكامه في القسم العام بعنوان العمل القانوني ، أصبح واضع المشروع بين أن يغفلوا هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التي تندرج عادة فيه ، وبين أن يعيدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطوة العملية في ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، ويحال عليها فيما يخص الأعمال القانونية الأخرى . هكذا فعل تقنين الالتزامات السويسري ، وقد أثر التقنين الجديد مسيرته في هذه الخطوة العملية الحكيمة (١) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة فقد احتواها الباب التمهيدي للتقنين الجديد . ويشتمل هذا الباب على ثمانية وثلاثين نصاً ، تناولت في الفصل الأول منها القانون وتطبيقه ، فعددت مصادر القانون . وقررت مبدأ التعسف في استعمال

(١) أنظر مع ذلك المشروع الذي يعد لنفيح التقنين الفرنسي وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية للجنة تنقيح النسخ، المجلد ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

الحق ، ودكرت القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان وتناوت في الفصل الثاني الأشخاص . ففصلت أحكام الشخص الطبيعي وأحكام اشخص المعنوي بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال .

**التقسيم الرئسي للقانون الجديد :** وبعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد من إعداد مشتملات الباب التمهيدي ، كان عليهم أن يرسموا لتقنين تقسيماته الرئيسية . وقد توخوا في هذا التقسيم أن يعالجوا عيوب التقنين القديم . فقد قدمنا : (أولاً) أن التقنين القديم يجمع في الكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك : فإن الأموال تكون محلاً للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال في الباب التمهيدي : فهياً بذلك للفكرة الصحيحة من أن المال يصلح محلاً للحقوق المالية كافة .

(ثانياً) أن التقنين القديم فصل في قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل . فالعقود المسماة إنما هي تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخى التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة في قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبدا بنظرية الالتزام في التقنين الجديد هو خير من البدء بالحقوق العينية الأصلية في التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هي مفتاح القانون المدني ، بل هي مفتاح القانون بوجه عام . فالبدء بها أمر تستوجهه البداهة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثاً) أن التقنين القديم خلط في كتابه الرابع ، الذي عنوانه بحقوق الدائنين ، بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلط : فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقاري ، توفراً للإصلاح الجوهرى الذى سيم في هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقارى . واستبقى من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجعلها بعنوان الحقوق العينية التبعية في كتاب رابع ، يجرى بعد الكتاب الثالث في الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتابين في قسم واحد — هو القسم الثاني — لما بينهما من الصلة الوثيقة . وأورد التأمينات

العينية كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف ما فعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يعتبره حقاً عينياً .

ويخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسي للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المطلق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ باب تمهيدى . ثم ينقسم إلى قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثاني للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلى كتابين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثاني للعقود المسماة . وكذلك يتجزأ القسم الثاني إلى كتابين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية ، والثاني للحقوق العينية التبعية .

**التبويب التفصيلي للتقنين الجديد :** وفى تبويب الأقسام الرئيسية ، يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكتاب الأول من التقنين الجديد ، الذى خصص لنظرية الالتزام ، لوحظ فى تبويبه تجنب العيوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام فى ذاته ، ثم ركها ، قبل أن يفرغ منها : إلى مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو ، بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلى نظرية الالتزام فى ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ، ويورد هذه الأسباب فى غير ترتيب منطقي ثم يختم نظرية الالتزام بباب مشوش فى طرق إثباته . ويترك انتقال الالتزام — ولا يعرف منه إلا إحدى صورته — إلى جهة منزوية فى الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين الجديد فيبوب الكتاب الأول فى نظرية الالتزام تبويباً منطقياً عملياً فى وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالعقد ، ويتناول أركانه فأثاره فأغلاظه . وينتقل بعد ذلك إلى الإرادة المنفردة (١) فالعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ،

---

(١) وسرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التمهيدى يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، واقتصر المشروع التهاى على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة فى هذه الحالات المينة إلا التزامات تنشأ بنص فى القانون . وسنرب على ذلك أن الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

فالقانون . وهو في كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تسلسل الأحكام فيه تسلسلاً يمل به المنطق والعمل . ثم يجعل الباب الثاني لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ العيني ، والتنفيذ بطريق التعويض . ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العاديين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار المدني . وهذا الباب على ما في نفسه من مشقة ، قد رتب نصوصه ترتيباً قل أن نجد له نظيراً في التقنينات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعدلة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلى تعدد محل الالتزام فيتكلم في الالتزام التخيري والالتزام البدلي ، وإلى تعدد طرفي الالتزام فيتكلم في التضامن وعدم القابلية للانقسام . ثم يخصص الباب الرابع لانقضاء الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك نقصاً في القانون القديم كان ملحوظاً . ثم يعرض الباب الخامس لانقضاء الالتزام ، فيرتب أسباب الانقضاء ترتيباً علمياً معقولاً . ويختم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس في إثبات الالتزام (١) .

والكتاب الثاني من التقنين الجديد خصص للعقود المسماة . وقد قدمنا أن التقنين القديم أورد هذه العقود في غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويماً تسهل متابعته . فجعل الباب الأول للعقود التي تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع فالمقايضة فالهبة فالشركة فالقرض فالصاح . وجعل الباب الثاني للعقود التي تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالعارية . وجعل الباب الثالث للعقود الواردة على العمل ، وتناول فيه المقاولة والزام المرافق العامة فعقد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع لعقود الفرر ، وتناول فيه المقامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فعقد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثاني بباب خامس في عقد الكفالة .

---

(٢) ولولا رغبة مشروعة في عدم الاعتماد كثيراً عن التقسيم التقليدي لمع أن يأتي باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذي تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام وانتقاله وانقضائه ، ولما كان يبدأ الكلام في إثبات الالتزام بالإقرار فاليمين فالكتابة — وهي أقوى طرق الإثبات — لينتهي بأضعف الطرق وهي البينة والقرائن .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم في هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق ، ولم يعرض الملكية في الشيوع ، ولم يراع أى ترتيب منطقي أو عملي في إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فتكلم في حق الملكية بوجه عام ، متناولاً نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التي ترد عليه مميزاً إياها عن حقوق الارتفاق . ثم خصص للملكية الشائعة نصوصاً مستفيضة ، وفصل أحكامها تفصيلاً مبيناً . وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردتها في ترتيب ذى صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداءً بالاستيلاء ، أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت في الميراث والوصية ، وطوراً ما بين الأحياء في الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة (١) . وجعل الباب الثاني للحقوق المنفردة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع فحق الحكر ، فحق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الثبعية . وهي التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات في أبواب أربعة ، الباب الأول في الرهن الرسمي ، والثاني في حق الاختصاص ، والثالث في رهن الحيازة ، والرابع في حقوق الامتياز .

كل هذا والتقنين الجديد ، في الترتيب التفصيلي لكل باب من أبوابه ، يجري ، خلافاً للتقنين القديم ، على نحو من التسلسل المنطقي ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ما ينظم مسائله المتعاقبة من ارتباط وتناسق ، وبحيث تيسر له متابعتها في غير عناء .

### (ثانياً) اللغة والأسلوب :

ولا شك في أن التقنين الجديد ، في لغته وفي أسلوبه التشريعي ، أرق من التقنين القديم . فقد أفاد من رقى لغة القانون وأسلوبه في مصر طوال سبعين عاماً حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة وفي الأسلوب .

(١) ولولا أن الترتيب ذو صبغة عملية لوجب تقديم العقد وهو عمل قانوني ، على الاستيلاء وهي واقعة مادية .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربي هو النص الرسمي والنص الأصلي في وقت معا .  
وبرىء التقنين الجديد من هذا الضعف في التعبير وهذه الركاقة في الأسلوب ،  
الذين كانا يترلان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العامى من الألفاظ .  
ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتعارض ، بل إن المصطلح التقنوني  
ليرد في جميع النصوص لفظا واحدا لا يتبدل ولا يتغير .

### ب - كيف عولجت العيوب الموضوعية :

وقد عالج التنين الجديد العيوب الموضوعية التي كانت متفشية في التقنين  
القديم . فاستحدث أحكاما جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصا  
متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاما كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك  
القواعد المتعلقة بقتازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية  
وما يتصل بها من تنظيم للجمعيات والمؤسسات ، وحالة الدين ، والتزام المرافق  
العامية ، وعقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإيجار الوقف .  
ويسبق هذا كله في الأهمية موضوعان جديدا كانا في أشد الحاجة إليهما ، هما  
تنظيم الإعسار المدني وتصفية التركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت في التقنين القديم شديدة الاقتضاب  
على ما لها من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البوليصية ،  
والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، والحراسة ،  
والملكية الشائعة ، ورهن الحيازة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد في بعض الموضوعات ما تناثر من أحكامها في جهات  
متفرقة ، فلم شتاتها ، وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من  
صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحيازة ، وحقوق الارتفاق ، وحقوق الامتياز ،  
والحق في الحبس ، والنيابة في التعاقد .

ونكتفي هنا بهذه الإشارة . وستناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام  
في الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم .



## ٢ - مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد

يعيننا أن نبين هنا المصادر التي استقى منها التنقيح ، وأن نرمم إلى جانب كل مصدر السياسة التي يتوخاها القاضي والفقهاء في تفسير النصوص التي استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

١ - أولها وأهمها نصوص التقنين المدني القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصري طوال سبعين سنة ، بين فيها هذا القضاء يعمل في تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا القانون لم يحدث انقلاباً في المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هي السائدة في التقنين الجديد .

ب - وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامي . فقد استبقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه . ج - وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس في موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم في الصياغة ورق في الأسلوب التشريعي . فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين المدني الحديث .

## ١ - نصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري

### أولاً - ما الرزى استفاد التقنين الجديد من هذا المصدر :

قدمنا أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هي أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد (١) .

(١) جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا العدد ما يأتي : « وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخير إبرازهما قبل الاستمرار في بيان ما انتهى إليه البحث : (الأولى) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التي استقرت في البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٦ والمحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ . فهو من هذه الناحية لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضي ، ولكنه يتخذ الصالح =

وقد هذب التقنين الجديد نصرص التقنين القديم في بعض النظريات العامة : كالغلط والسبب والاشترط لمصلحة الغير والفضالة : وفي بعض المسائل التفصيلية : كوقف التقادم والبيع في مرض الموت والغلط في عقد الصلح .

• فن التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك . فن النظريات العامة التى قتها التعسف في استعمال الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعي ، والتهديدات المالية ، والصورية ، والملكية الشائعة ، والأعمال القانونية الصادرة في مرض الموت ، وشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، والشرط الجزائى ، وتعديد الحساب الجارى ، وتقادم الاستحقاق في الوقف ، واستمرار الشركة مع القصر ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، ورهن الحصة الشائعة .

وقد قدمنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أبقي على كل ما هو صالح من مبادئ التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء في تطبيق هذه المبادئ . وقد أبرزت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا المعنى في تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التى استمد منها المشروع

---

== من أوضاع هذا الماضي أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ، ويعتمد في ذلك على التروة التى أسفر عنها اجتهاد القضاء المصرى بوجه خاص ، ويجارى الفقه الإسلامى في نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذى يتلاءم مع تلك الأوضاع نصراً من أحدث التشريعات الأجنبية . وبهذه المثابة يعد المشروع صورا صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتقدم العلمى الذى بلغه علم القانون في مصر في مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وتترتب على النتيجة الأولى — فهى أن تطبيق الأحكام التى استحدثها المشروع ليس من شأنه أن يفضى إلى قلب أوضاع التعامل التى ألفها الناس ، أو أن يخل باستقرار المعاملات ، وإنما هو على النقيض من ذلك يعيد هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقبه . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التآلف بينه وبين القديم من القواعد السكبة على نحو يجعل انتقال التعاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يقتضيه تصور الطبيعي للظروف . ثم إن المشروع في تقنين ما استقر عليه القضاء من مبادئ وفي تدارك أوجه القصر في التقنين الحالى قد نوى أن يجعل النهج واضحاً أمام التعاملين ليكمل استقرار المعاملات على أسس عقلتها التجارب ، فرسخت في النفوس قبل أن تتخذ مكانتها في النصوص المروضة (مجموعة الأعمال التشريعية ١٩١٩ - ١٢٠٠) .

أحكامه هي التقنين الحالى القديم وماصدر فى شأنه من أحكام المحاكم المصرية أولاً . وما من نص من نصوص هذا التقنين إلا وأشير إليه فى معرض إيضاح النص المقابل له فى المشروع فى المذكرات الإيضاحية التى قدمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به فى تفسير هذه النصوص إلا عرضته هذه المذكرات . وهى فى الحالى تنوّه بالإبقاء على الحكم الوارد فى النص ، أو بالتعديل الذى آثرت إدخاله على صياغته تمثيلاً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التى رأت إثباتها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالمشروع من هذه الناحية قد أبى على كل ما هو صالح من قواعد التقنين الحالى وإن كان قد هذب صياغتها تهذيباً يتلاءم مع تطور اللغة الاصطلاحية فى مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التى تضمنها هذا التقنين فى الجملة ، وأضاف إليها ما اجتهد القضاء فى إقراره على أساس هذه المبادئ . فلا هو يقطع الصلة بين الماضى والحاضر ، ولا هو يضيع ثروة القضاء من المبادئ والتقاليد ، وإنما هو على التقيض من ذلك يقضى على ما استقر من الأوضاع فى الماضى صبغة جديدة من الإصلاح تبرئه من العيوب التى خالطته ، وتكفل الانتفاع منه على أمثل وجه (١) .

### ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من القضاء المصرى والتقنين المرفى القديم :

ويعتينا أن نبين هنا فى وضوح أن النصوص التى استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشأ فى مصر فى ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى ، ولا تنقطع سلسلة التطور . وسيرى القارىء أننا نشير فى هذا الكتاب إلى القضاء المصرى الذى نبت فى عهد التقنين القديم ، مستندين إليه فى تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر فى عهد التقنين الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا نتكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذى نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد انعدمت المغايرة بين القديم والجديد .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء والفقه القديمين، ونختار توخيلاً للإيجاز أمثلة أربعة ، هي النصوص المتعلقة بالاستغلال ، وبالاشرط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالي ، وبالشرط الجرائي .

## ١ - الاستغلال :

كان القضاء المصري في ظل التقنين القديم يقف حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت في أشد الحاجة إلى علاج تشريعي . فقد كانت أفضية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ سن الشيخوخة ، وينبذ امرأته الأولى لينزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فيزول لها أولادها منها عن كل ماله . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الولد يضيق عليه أبوه ، ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الابن يده فيه فيبدده ، والمرابون يستكتبون ضحيتهن العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الذرائع والحيل . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلم زمامها إلى هواها ، وقضحي الطائل من المال يبتزه الزوج ليخلي لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأفضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصري ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهاده دون عون من النصوص التشريعية . فتارة يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة ( séduction , captation ) وليس لها سند تشريعي ، وطوراً يذهب إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تضيق بهذه الأفضية ، بل لقد ذهب في حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع في الفقه الإسلامي . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقلقل ، فقد كان القضاء المصري سليم الفطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الرية إلى العقود التي تبرم في مثل هذه الظروف ، فيبطلها أو ينقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أساس قانوني يقوم على نص تشريعي . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ما نقوله المادة ١٢٩ :

« ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص وما ينطوى عليه من مسائل تفصيلية . وبحسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يثيرها هي تحديد ما يريده المشرع ، بالطبش البين والهوى الجامح . . ولا نتردد في القول بأن القاضي عند تحديده للمعنى المقصود من هذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه الأفضية التي رفعت فعلاً أمام المحاكم ، فلا يلبث أن يتمثل صورة الشيخ الذي وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذي أصبح ألعوبة في أيدي المراهبين ، وصورة الزوجات التي غلبها هواها على أن تستبدل زوجاً بزوجة . هذه صور من الحياة المصرية يتمثلها القاضي وهو يطبق هذا النص ، فيصبح المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس في حاجة إلى أن يطوف بخياله ببلاد غير مصرية ينقل عنها نماذج هي أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس في حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلى التقنين الألماني أو التقنين السويسري أو التقنين البولوني وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصري ، فإن البلاد التي تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا . ومجتمعها الأجنبي يغاير مجتمعنا المصري ، وإذا كان نص تقنيننا الجديد مماثل في الأسلوب والصياغة لنصوص هذه التقنينات ، فليس هذا معناه أن القاضي المصري يلتزم تفسير القضاة الأجانب . مع ما يوجد من تفاوت في الأوساط الاجتماعية وفي العادات والتقاليد . ومن ثم نرى ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادئ التي سبق أن قررتا المحاكم المصرية في وسطنا المصري .

## ٢ - الاستعانة بالغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشتمل على نص فيه . فكانت المادتان ١٣٧/١٩٨ من هذا القانون تنصان على أن « من عتاد على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكان النص القديم

غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والفضالة .  
فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على ما يأتي :

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات بشرطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك .  
ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشتروط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

فكيف يفسر القاضي هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضي حلاً ، فأين يتلمس القاضي هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلاً ما يقتضي تحديد الدفع التي يجوز للمتعهد أن يتمسك بها قبل المنتفع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التي تكون للمشتروط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذي يكسبه الغير والأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الحق ، فأى مصدر يسترشد القاضي في حل هذه المسائل ؟ لا ترد في القول بأنه يتعين على القاضي أن يسترشد في كل ذلك بالقضاء المصري السابق وبالفقه المصري السابق ، وسيجد هذا القضاء والفقه غنيين زاحرين بالمبادئ القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التفصيلية ، في هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً يبيّن عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لا يترتب عليه غير النتائج ذاتها التي كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر في أننا كنا في الوضع القديم نستقي القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفقه رأساً وكنا لانجد غناء في النص التشريعي ، فكان قانوننا في هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفي ظل التقنين الجديد ، سنطبق عين المبادئ التي كنا نطبقها في الماضي ، ولنلزم الحلول التفصيلية ذاتها ، ولكننا نلمس هذه المبادئ والحلول ، لا في قضائنا وقهنا فحسب ، بل نجد الكثير

منها واضحاً في تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوباً مقنناً في موضوع من أهم موضوعات القانون المدني . ولعل هناك فرقاً آخر بين الوضعين القديم والجديد . ففي الوضع القديم ، ونحن نتلمس الحلول في ثنايا مائتراكم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد ، والفقهاء لم يكن يسلم من خلاف . أما في الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة . فلا معنى للتردد ولا محل للخلاف ، وقد خاضت لنا الحلول في أهم المسائل منحمة بيئة ، متسمة بطابع من الثبات والاستقرار .

### ٣ - التهديد المالي :

والتهديد المالي من الأمثلة البارزة التي قنن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصري . ولم يكن التقنين القديم يشتمل على نص في هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصري نظرية التهديد المالي على هدى من القضاء الفرنسي ، وسلك في ذلك سيلا هو محض اجتهاد لا سند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصري النصوص التي أوردتها في هذا الشأن على الوجه الآتي :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : « ١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ - وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

ونصت المادة ٢١٤ على أنه : « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعاةً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين » .

وهذه النصوص التي استقيت من القضاء المصري السابق يرجع القاضي بداهةً في تفسيرها وفي تحديد مراميها ، إلى هذا القضاء بالذات . فهو مصدرها المباشر . ولا شأن له بالتقنيات الأجنبية ، ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن واضح التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنيات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنيات الأجنبية هي

المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصري السابق .

بيد أن تقنين القضاء المصري السابق على الوجه الذي قدمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا تجعلها فيما يأتي :

أولاً - أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالي ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل (١) .

ثانياً - حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لا يدع مجالاً للاضطراب الذي يغلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذي تطبق فيه نظرية التهديد المالي ، والوقت الذي يصنف فيه مركز المدين . أما النطاق فداه هو حيث يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين تدخلاً شخصياً يكون التنفيذ بدونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذي يصنف فيه مركز المدين فهو الوقت الذي يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء (٢) .

ثالثاً - وصلت النصوص بنظرية التهديد المالي إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضي ، إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، يجوز الزيادة في الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على معانعة المدين . والوجه

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية في وضعه الراهن أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع . بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (المواد الثلاث) باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم مؤقت ، تنفذه قايمة متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف وجب على القاضي أن يبعد النظر في حكمه لينصل في موضوع الخصومة . فإن كان الدين قد أوفى بالالتزام حط عنه الغرامة إزاء استجانه للأمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . وإن أصر المدين على عناده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .



الثاني أن القاضي عند تحديده مقدار التعويض الذي يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وأن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين نعتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض ، وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعدل القوة فيه (١) .

#### ٤ - الشرط الجزائى :

والشرط الجزائى مثل رابع في أن التقنين الجديد استقى نصوصه من القضاء المصرى السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة في أن القضاء الذى قن هنا ليس بالقضاء الذى كان يستند إلى نص تشريعى غامض مضطرب ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادى الذى لاسند له من التشريع ، كما هو الأمر في نظريتي الاستغلال والتهديد المالى ، وإنما هو قضاء اجتهادى كان يجرى على عكس النص التشريعى ويتعارض معه تعارضاً صريحاً . فقد كانت المادتان ١٢٣ / ١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو بعد مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسى (م ١١٥٢ فرنسى) ، وبمى أيضاً صريحة في هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاة الوطنى والمختلط يقضى بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشيء من التعريض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطنى إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضى ، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

فعند التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصرى في هذا الصدد . ونصت المادة ٢٢٤ على ما يأتى :

« ١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

وهذا النص يجب أن يرجع في تطبيقه وتفسيره إلى القضاء المصري السابق الذي أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه في ذلك شأن سائر النصوص التي تقن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتي :

(أولاً) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضائين الوطني والمحلي فقد زال بزوال المحاكم المختلطة .

(ثانياً) أصل أحكام الشرط الجزائي تأصيلاً قانونياً صحيحاً ، وبناءً على أساس سليم . «فليس الشرط الجزائي في جوهره -- وهذا ما تقولونه المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) . -- إلا مجرد تقدير اتفاق التعويض الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهي الخطأ والضرر والإعذار . وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز عدم الحكم بالشرط الجزائي إذا انتفى الضرر ، وجواز تخفيفه إذا قل الضرر . فإدام الضرر هو شرط واجب للجزاء المتفق عليه ، «فهو بذاته -- كما نقول هنا أيضاً المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) -- مناط تقدير الجزاء الواجب أدائه . وينتج عن هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من متدار الجزاء المشروط وجب إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلاً لتلك القيمة» .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(ثالثاً) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام . فلا يجوز الاتفاق على ما خالفها . وبذلك أمن المدين تعسف الدائن . وتوفى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذى لا يلبث أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التى سقناها - وهي قليل من كثير - تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولاً - أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد : وقد استقيت من القضاء المصرى ومن التقنين القديم ، يرجع القاضي فى تطبيقها وفى تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصرى السابق .

ثانياً - أن التقنينات الأجنبية الحديثة ، إذا اتفقت فى بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التى استقيت من القضاء المصرى ، فإن هذا لا يعنى الرجوع إلى هذه التقنينات فى تطبيق هذه النصوص وفى تفسيرها . فهي ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها فى الصياغة والأسلوب . أما لمصدر الموضوعي فهو القضاء المصرى السابق . وسيرى القارئ أننا فى هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا فى مناسبات قليلة ، ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات فى تفسير النصوص : بل لعقد مقارنات بين قانوننا والقوانين الأجنبية فى بعض المواطن التى تجدى فيها المقارنة ، أو لتتبع نظام من النظم القانونية فى تطوراتها التاريخية .

ثالثاً - أن التقنين الجديد : فى استقائه من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصرى السابق الكثرة الغالبة من نصوصه : لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التى كانت محل الشكوى . وقن القضاء المصرى تقنيناً حسم به الخلاف فى موطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

## ب - الفقه الإسلامى

أولاً - ما الذى استفاد التقنين المبرير منه من الفقه الإسلامى

الفقه الإسلامى مكارم ملحوظ بين المصادر الثلاثة التى امتقي منها تنقيح

القانون المدني . فقد استبقى التشريع الجديد . فاستعمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي . واستحدثت أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجعل بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون المدني ، يأتي بعد التصور التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (١) .

## ١ - القديم من الفقه الإسلامي لدى استقواء التقنين الجديد :

كان التقنين القديم يستعمل على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، فاستقواءها

(١) وهذا ما كتبه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها في هذا الصدد : « وتبينت الحاجة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لمناقشة لا يستهان بها من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً للقانون العام في كثير من المسائل في مصر . وفي تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على ثراث روحى حرى بأن يعان وأن يتنفع به . واللجنة تجل ما صادفت في المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بطريقة الصف في استمالة الخن وحالة الدين ومبدأ الحوادث غير التوفقة . وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يبرز شاهداً من شواهد التقدم في التقنيات العربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام وأحكاموا سبكاً وتطبيقاً على ما عرض في عصورهم من أفضية لقرون خلت قبل أن يحضر شيء من ذلك بالفقهاء العرب أو من تولوا أمر التشريع به . ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار في صدها إلى ما تعلق بمجلس المقذ والإيجار الوقف والحكر والإيجار الأراضى الزراعية وهلاك الزرع في العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بموت المستأجر ونسخه بالمذور . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالي أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع المرض مرض الموت والعين رتبة الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والعلو والنفذ والحائط المشترك . أما الأهلية والمبة والشقة والمبدأ الخامس بالآ تركه إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة المدنية . وفي حدود هذا المصدر الثاني كان سلك المشروع نوعاً ارتاحت إليه اللجنة وأنتت فيه اتجاهها إلى تقدير ما للفقه الإسلامي من مزايا أدركها علماء العرب منذ زمن بعيد ، وبقي على دول الشرق أن تحملها المحل الخلق بها وأن تعبر عملياً عن اعتبارها بها وحرصها على استدامتها . ولعل من ذافة القول أن يشار إلى أن هذا السلك آمن في رعاية ما للناس من حرمة ، وأبلغ في قضاء حق القدماء الذين تمهدوا الفقه الإسلامي باجتهادهم ، وأسبقوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تنفع لما درج الناس عليه في معاملاتهم . ولا ترى اللجنة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى أساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكناً لأسباب الاستقرار من طريق تقصى التقاليد الصالحة التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين » . ( مجموعة الأعمال التمهيدية ١ ص ١٣١ - ١٣٢ ) .

التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصحح . انطوت عليه من أخطاء .  
فبيع المريض مرض الموت . والأهلية ، والشفعة . والهبة . وسداد الدين قبل  
أيلولة التركة للورثة ، والغبن في بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في  
البيع . وغرس الأشجار في العين المؤجرة : والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ،  
وبالحائظ المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين  
القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجـ خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض  
مرض الموت وبالهبة وبسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة .

فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المـ بـض مرض الموت من الأخطاء التي  
تسربت إليها في التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر المحابي به لباقيمة المبيع ، ونظر  
إلى قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع ،  
بل أورد في النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض  
بوجه عام نقلها عن الفقه الإسلامي والقضاء المصري . فنصت المادة ٩١٦ على  
أن : ١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً  
به التبرع ، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت  
التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢- وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل  
القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع  
الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .  
٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر  
التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس  
ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . ونصت المادة ٩١٧ على أنه :  
« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بجائزة العين التي  
تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد  
الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقيم دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد في عقد الهبة . فقد نقل أحكام التقنين القديم  
المتعلقة بها . ولم يكتف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضبة ، وكانت  
مقصورة على انشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث  
شكلها ومن حيث مرضوعها . واستند الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامي .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضي بالأ تركة إلا بحد سداد الدين - وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً في ثنايا نصوصه - بل عمد إلى هذا المبدأ الخطير فنظمه تنظيمًا دقيقاً وفصل الإجراءات التي تكفل تطبيقه ، وهي إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة ، فسد بذلك فراغاً كبيراً .

## ٢ - الجرمير من الفقه الاسلامي الذي استمد التقنين الجرمير :

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استمدّها من الفقه الإسلامي . وبعض هذه الأحكام الجديدة هي مبادئ عامة ، وبعضها مسائل تفصيلية . فمن المبادئ العامة التي أخذ بها النزعة الموضوعية التي نراها تتخلل كثيراً من نصوصه . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، آثارها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح .

ومن هذه المبادئ أيضاً نظرية التعسف في استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدّها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً في الفقه الإسلامي بقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة وتبوت الضرر الجسم الذي قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر في حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي . فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة ( imprévision ) أخذ به بعض التقنينات الحديثة . فرجع التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي .

ومن الأحكام التي استحدثها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا : اقتبسها من الفقه الإسلامي . ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد . وبيعجار الوقف ، وبيعجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .

## ٣ - الفقه الاسلامي أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدني :

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه : إذا لم يوجد نص تشريعي

يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .  
ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدنى المصرى . وهي إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولا شك فى أن ذلك يزيد كثيراً فى أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة علمية فى ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدنى ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي التى تحل محل هذه المبادئ والقواعد ، فتغنيها عنها فى كثير من المواطن (١) .

**ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً :**  
ونبين فى إيجاز كيف تفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدراً تاريخياً وباعتبارها مصدراً رسمياً .

(١) هذا هو الحد الذى وصل إليه التفريق الجديد فى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، عدا المسائل الأخرى التى أخذها بالذات من الفقه الإسلامى ، وهى المسائل التى تقدم ذكرها . أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يبنى عليه تفسيرنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعز الأمنى التى نختلج بها الصدور ، وتتطوى عليها الجوارح . ولكن قبل أن نصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغى أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يماون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يتنبؤوا الحوادث ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لا غناء فيها ، وقدموا نموذجاً يشتمل على بعض النصوص فى نظرية العقد ، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية ، وهى ليست من الشريعة الإسلامية فى شيء . ودار فى شأن هذه النصوص حوار عنيف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .  
( انظر فى تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٥ — ٨٩ ) .

أما النصوص التي نفاها الفقهاء الجديدين عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت نصراً تشريعية وأصبح الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً لها : فهذه نرجع في تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول - هو القضاء المصري فيما يوجد له تفسير في هذا القضاء . والقضاء المصري غني بالمبادئ والأحكام في موضوعات كرض الموت والشفعة والحكيم وإنجاز الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة في هذه الموضوعات وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استشر عليه من المبادئ .

والمصدر الثاني - هو ما جاء في كتب الفقه الإسلامي ، وبخاصة في تفسير ما لا يوجد له تفسير في القضاء المصري . والرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة واجب أيضاً عند ما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون المدني .

وفي رأينا أنه حيث ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة . سواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمي التي تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر التاريخي الذي تفسر في ضوءه النصوص التشريعية ، يجب أن يراعى أمران حوهران :

الأمر الأول - هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي . فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . بل ولا ينتقد بالمذهب الحنفي في جملته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كمذهب الريدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد .

والأمر الثاني - هو أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته . فلا يجوز الأخذ بمحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، حتى لا يفتقد التنقيح المدني تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق يسيراً ، فلا يصل الباحث في تفصلات الفقه الإسلامي : ولا يختار منها إلا ما يتسق مع



المبادئ العامة للتشريع المدني (١) .

## ج - التقنيات الحديثة

أولاً - ما الزى استفاد التقنين الجبريد من هذا المصدر :

. والمصدر الثالث الذي استقى منه التقنين الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته ، هو التقنين الحديث . فقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن ينتفعوا انتفاعا كاملا بكل خطوة خطتها التقنيات الحديثة في طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفني والصياغة التشريعية .

وقد رتب هذه التقنيات الحديثة فانتظمها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنيات اللاتينية قديمها وحديثها . فالقديم يأتي على رأسه التقنين الفرنسي ، ومعه التقنين الإيطالي القديم ، والتقنين الأسباني ، والتقنين البرتغالي ، والتقنين الهولندي . والحديث يشتمل على التقنينين التونسي والمراكشي ، والتقنين اللبناني ، والمشروع الفرنسي الإيطالي . والتقنين الإيطالي الجديد . والقسم الثاني التقنيات الجرمانية . وأهمها التقنين الألماني ، والتقنين السويسري ، والتقنين النمساوي . والقسم الثالث تقنيات متخيرة استقت من كلتا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنيات التقنين البولوني ، والتقنين البرازيلي ، والتقنين الصيني ، والتقنين الياباني .

ولكل من هذه التقنيات مزايا وعيوب (٢) وقد توخى التقنين الجديد

(١) وفي محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لا تعمق فيها ، وهي المحاولة التي أشرنا إليها فيما تقدم . هن واضعو النموذج الذي سبق ذكره أن نظرية عيوب الرضاء ونظرية البطلان ونظرية السبب ونظرية الفسخ هي نظريات يمكن الأخذ بها كما هي مبسطة في القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب في الفقه الإنساني تتعارض معها كل التعارض . وبديهي أن الشريعة الإسلامية لا تغمد عن طريق أن يسب إليها ما ليس منها ، وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هي الأمانة العلمية . ولا يجب الشريعة الإسلامية أنها لا تتأوع في بعض نظرياتها ، واصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يجبها أن تشوه مبادئها وأن تمنح أحكامها .

(٢) والمشروع الفرنسي الإيطالي أكسب التقنيات اللاتينية القيمة جيدة لم تكن لها ، وفتح فيها روح العصر ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شيء كثير من المرافقة والتجديد . على أن المشروع يكاد يكون مخلصا إذا فسر إلى تقنيات العالمية الأخرى . والتقنين الأدنى به أنسجم حين =

أن ينتفع بجزاياها وأن يتوفى عيوبها وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا. وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد، من هذه التقنينات، خمسة: المشروع الفرنسي الإبطالي، والتقنين الإبطالي الجديد، والتقنين السويسري، والتقنين الألماني، والتقنين البولوني. فالتقنين الجديد، وإن كان قد اتخذ التقنينات اللاتينية أساساً له إلا أنه لم يلتزمها وحدها، بل رجع أيضاً إلى التقنينات الجرمانية.

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنينات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية. ولكنه رجع إليها أكثر مارجع في نواحي الصياغة والأسلوب. أما النواحي الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم، كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار، وبعض المسائل التفصيلية التي أخذت عن التقنينات الحديثة، كمسئولية عديم التمييز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والتصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وإدارة الملكية في الشروع وبملكية الأسرة وياتحاد ملاك الطبقات. وجازى التقنين الجديد فوق ذلك، كما قدمنا، التقنينات الجرمانية والفقه الإسلامي في إثارة المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية في كثير من المسائل.

وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة. ولكن واضعي هذا التقنين حرصوا كل الحرص، وهم في سبيل الانتفاع من

---

== صدر في النشر الحديث، وهو خلاصة الطريقات العلمية الألمانية مسمى فرن كامل، ويبر من الناحية الفقهية أي تقنين آخر، فقد اتبع الرتبة تعد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى المنطق القانوني. ولكن هذا كانت عائلاً له عن الإلتزام، بل إن تعقيد الفهم ودقته العلمية أفضياه بعض الشيء عن معنى الحياة العملية، وجعله مغلق التركيب، غسر الفهم. والتقنين المساوي يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر، فقد ظهر في سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسي، ولكنه لم يتبع له من النجاح ما أتبع لهذا التقنين، لذلك بقي عدود الإلتزام في أوروبا حتى عرمة التقنين الألماني، وقد قام أنصاره بفتح تقنينهم في أول سبي الحرب العالمية الأولى، وظهر الذقيع في سنة ١٩١٦، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئاً من الجدة والمبادرة لروح العصر، أما التقنين السويسري — تقنين الإلتزامات والتقنين المدني — فقد كان المتمر أن يكون، وهو من عمل الأساتذة (فيك وهوير)، عملاً فقيهاً، فإذا به ذو صفة عملية بارزة. ويجمع التقنين السويسري إلى الوضوح والبساطة الدقة والتمعن وإن كان خداعاً في مس الواطن فيما يتسم به من وضوح ودقة (أطرف في كل ذلك المحاصرة التي أقيمتها في الجمعية الخيرية الملكية ونحننا بها باب الاستثناء في التقنين الجديد: مجلة التدوين والاقتصاد ١٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٥٩).

التقنيات الحديثة في الصياغة والأسلوب : على أن يحققوا أمرين : أولاً أن تكون العبارات التي استعيرت من التقنيات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدي، في أمانة ووضوح : المعاني التي قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصري وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثاني أنهم فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنيات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيما بين أجزاء التقنين ، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها في بوتقة واحدة ، وأن ينتظم حباتها جميعاً عقد واحد .

### ثانياً — كيف نفسر النصوص التي استقت من التقنيات الحديثة :

أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها الأجنبية ، فلا يرجع إلى هذه المصادر في تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندمجت في تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ومن فقه مصري تقليدي ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هي المصادر الأولى التي يجب أن يرجع إليها في التفسير . وقد ألححنا في التنبيه على ذلك عندما تكلمنا في القضاء المصري كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين المدني . أما التقنيات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحثية ، كالموازنة بين الشرائع المختلفة ، وكاستقصاء التطور التاريخي لنظام قانوني معين .

هذا المبدأ الجوهري الذي نقرره يفرض نفسه على كل باحث في التقنين الجديد للأسباب الآتية :

١ — أن الكثرة الغالبة من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة إن هي ، في الواقع من الأمر : إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصري : أو إصلاح لعيوب في نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنيات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعي إحداث أى تغيير في الأحكام التي تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصري . وقد تكررت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) وقد جاء في نمر - مجلة النور المال - محسب الشيوخ ما يهه هذا القول فيما أتت : =

٢ - أن القليل الباقي من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة ، وهي التي طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة في التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علاقتها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تتفق مع سائر النصوص . فهي أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلاً مما سلكا من أجزاء هذا التقنين ، تسرى فيه روحه ، وينبسط عليه ما ينتظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام (١) .

٣ - أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنيات هي محاولة مقضي عليها بالفشل . فإن هذه التقنيات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله فقهه وقضاؤه ، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر . فكيف يجوز أن نرجع في تفسير تقنين مما سلك الأجزاء ،

---

« والكثرة الغالبة من النصوص المروضة قد طُفرت من وراء الاستئناس بصيغ التقنيات الأجنبية بدقة في الأداء ، وإيجاز في التعبير . جعلاً للمشروع قيمة فنية ذاتية ، وطاءاً حسناً . وتر روجعت هذه النصوص في اللجنة التي أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجعت كذلك في لجان مجلس البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل اللفظي والموضوعي ما يجعلها تعبر تعبيراً واضحاً عن المعاني التي قصدت إلى أدائها . ولا عمل لأن يعاب على المشروع انتفاعه من التجربة التي انتهت إليها التقنيات الأجنبية في حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجعت الصياغة على النحو المتقدم ذكره ، وانفصلت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت معبرة في ذاتها عن المعاني التي استظهرها كل من ساهم في وضع المشروع أو مراجعته أو إقراره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٣) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا الصدد : « أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنيات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة إذا قيست بإسائر نصوص المشروع . وهي تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأي أو آخر في أي تقنين من التقنيات ، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها . ولم يتوخ المشروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائده ، فاسترشد بها في المفاضلة بين الحكم الوارد في تقنين وبين غيره مما في تقنيات أخرى . وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية نزولاً على ما تقتضيه تلك الظروف . وهو في هذا لم يبتعد عن الأسلوب المتبع في أكثر الدول عند التقنين في الوقت الحاضر ، والمتبع في مصر فعلاً بالنسبة إلى كثير من التشريعات . وقد أدمجت الأحكام التي اقتبست على هذا الوجه في المشروع ، وزوعى في هذا الإدماج أحكام التألف بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجعت في مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، فاستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متجانس الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٣) .

متسق التواحي : إلى مصادر متضاربة متناقضة (١) !

٤ - أن هذا الذى نقرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتى ، لتعيش فى البيئة التى تطبق فيها ، ولتتوكل صلتها بما يحيط بها من ملائسات ، وانتطور تبعاً لما تقتضيه الحاجات المتجددة المتغيرة ، هو مايقول به سالى وغيره من أقطاب القانون (٢) ، وحده هي خير مدرسة نعرفها فى تفسير النصوص التشريعية .

٥ - أن هذا الذى نقرره هو أيضاً ما قصد إليه صراحة واضعو التقنين الجديد . تتبين ذلك فى وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكوراً فى مبادئ التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، ونلقاه مردداً فى تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

أما مبادئ التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتى : «(أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالى ومن المبادئ التى أقرها القضاء المصرى طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة للقواعد القانونية التى جرى عليها القضاء والفقه فى مصر . وهذا هو المصدر الذى يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحدها . (ثانياً) أن الأحكام التى اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع فى تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء فى المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضى أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان

---

(١) وفى رأينا أنه إذا جاز الرجوع فى تفسير التقنين الجديد إلى مصدر أجنبي ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسى باعتبار أن الفقه المصرى لا يزال يستمد منه ، ولا يفتأ يتأخر خطواته فى كثير من المسائل . وسرى القارىء أننا فى هذا الكتاب نشير فى مناسبات كثيرة لأراء الفقهاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصرى . أما الرجوع إلى غير الفقه المصرى والفقه الفرنسى فلا يكون إلا لأغراض علمية بحثية كما أسلفنا القول . ولا يزال ترقب اليوم الذى يبلغ فيه الفقه المصرى أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بما يتوافر له من أسباب ذاتية . وغنى عن البيان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامى متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذى سبق بيانه .

(٢) أنظر القسمته التى وضعها الأستاذ سالى يخدم بها كتاب الأستاذ جنى المعروف فى « طرق تفسير القانون الحالى » .

هناك محل لذلك . (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنيات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدني ، تصفية الشركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انزلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال (١) .

وأما ما جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب في هذا الصدد ، فهذا هو : « ولا يسع اللجنة ، وهي تحتم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي

---

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو بيان عهدت لجنة القانون المدني إلى رئيسها حضرة الشيخ المحترم محمد عبد الوكيل (باشا) في أن يدل به أمام مجلس الشيوخ ، وقد أدى به فعلاً أمام المجلس ، وقدم له في خطابه بالعبارات الآتية : « ولا يحسن أحد أن تعدد المصادر على الوجه المتقدم أفند المشروع ما كان ينبغي أن يتوافر له من أسباب التماسك والتناسق . فالواقع أن هذه المصادر جيداً تتقارب في مشاربها . فقواعد التقنين الحالي وما يكملها من اجتهاد القضاء عاشا جنباً إلى جنب مع الشريعة الإسلامية والقواعد المستمدة منها . ثم إن القواعد المستمدة من القوانين الحديثة تمثل التقدم العلمي الذي تحقق على أساس تطور القديم . وهل خطت مصر خطوة واسعة في تشريعاتها إلا على أساس تغيير الصالح من مختلف المصادر بل ومن تشريعات متباينة . والواقع أن العبرة في التقنين بتناسك المألوف وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذلك التماسك رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة في هذا الشأن ، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض . والمشروع المروض قد وفق في التأليف بين القواعد التي استقفاها من المصادر التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتماداً على اعتياده أولاً ورؤيتها على التقنين الحالي وقضاء المحاكم المصرية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أشير فوق هذا كله إلى أن تنقيح القانون المدني في أية دولة من الدول في الوقت الحاضر لا يمكن أن يفشل تقدم التقنيات في الدول الأخرى ، أو يهمل الاسترشاد بها والانتباس منها . وأبلغ شاهد على ذلك ما وقع في التقنين المدني السويسري والليثاني والبولوني والإيطالي والمشروع الفرنسي الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال القانون مسألة مصادر المشروع ، وقدسوا في هذا الشأن بعض ملاحظات ترمض لتفهم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها . وكانت اللجنة قد أوقت هذه المسألة حقها من البحث في تقريرها ، وقت من فاجب توضيح الأمر في كلتي هذه ، إلا أنه رغبة في زيادة الإيضاح ، وتأكيدها للمعنى الذي ذهبت إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها في هذا الموضوع انعام بالبيان التالي : (أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع ... ألح . (مجموعة الأعمال التشريعية ١ ص ١١٦ و ١١٧ و ١٦١ و ١٦٢) .

أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي . أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنيات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ونحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات . فينصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة . ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون » .

« وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجد المكان الفسيح لجهاد والاستنباط بعد أن انفك عنهما غل القيد بمتابعة قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من النقد بمتابعة أي قانون معين ، فخرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح (١) » .

وهذا ما جاء أخيراً في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ : « أما ما يقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضي بالرجوع إلى فقه دول متعددة للوقوف على مفهوم نص معين ، فترى اللجنة أن النصوص متى أدمجت في التقنين انعزلت عن مصادر الاستثناس ، وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من

نصوص هذا التقنين ، وأثرها في البيئة التي تعيش فيها ، وانفعالها بظروف هذه البيئة . فنانقل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى في المشروع تحددت دلالتها من قبل في التقنين الحالي وفي الفقه المصري وأحكام القضاء في مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٦ — ص ١٣٧ .  
هذا وقد ساور بعض رجال القانون خشية من أن التقنين الجديد قد نعوزه وحدة منسجمة يرجع إليها في تفسير ما نمص من نصوصه وفي تكميل ما نقص من أحكامه ( أنظر مارافان في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ — الدكتور شفيق شعانة في جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ بتاريخ ٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥ ) . وهذه الخشية لا مبرر لها . فإن المصدر الأساسي للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتيني ، ممثلا في نصوص التقنين القديم وفي أحكام القضاء المصري ، وعملا كذلك في التقنينات اللاتينية القديمة منها والحديثة ، ومقترنا بأحكام من الفقه الإسلامي تعود التشريع المدني المصري أن يراها متألفة من النظام اللاتيني طوال السنين السابقات . ولم يدخل النظام الجرمانى في التقنين الجديد إلا بقدر ، وفي الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتيني .  
وسنعود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .



### (٣)

#### الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد

(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قنته وكان معمولاً به من قبل)



فى غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان ملحوظاً فى التقنين القديم ، وفى غير ما عالج من عيوب كانت بارزة فى النصوص القديمة ، وفى غير التبويب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذى قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد فى نصوصه وأحكامه شيئاً يغاير ما كان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد إلى أصليين :  
الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل . والأصل الثانى هو ما قنت من أحكام كان معمولاً بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ - ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل  
استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومائل أخرى تفصيلية تناثرت فى أبوابه المختلفة .

#### ١ - موضوعات لأدلة :

هذه الموضوعات هي المؤسسات والإعسار المدنى وحالة الدين وتصفية الشركة .

#### أولاً - المؤسسات (م ٦٩-٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف المؤسسات ( foundations ) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدى بعض الأغراض التى وجدت المؤسسات من أجلها ، وبخاصة الوقف الخبرى الذى يرصد مباشرة على جهات البر . ولكن نظام

الوقف في كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية في مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فاتخذ نظام جمعية عادية على مافي ذلك من ضيق و حرج ، أو اتخذ بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التي تقرر أحكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات ، وأورد النصوص التي تقرر أحكامها .

ونتخلص هذه النصوص في أن المؤسسة شخص اعتباري يقوم على تخصيص مال لغرض لا ينطوي على ربح مادي . فبدخل في ذلك أعمال البر والأعمال العلمية والفنية والرياضية والدبئية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصود ، أما الأخرى فتقوم على جعاعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف في أن الوقف لا يكون إلا في العقار ، أما المنقول فلا يوقف منه إلا ما تعرف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لامرونة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجيء ومعاهد وهيئات أخرى يقع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة (١) .

وأداة تكوين المؤسسة هي إرادة المؤسس الذي خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة في صورة سند رسمي إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو في صورة وصية

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التشريعي في هذا العدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال في بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يلبث أن يقضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، فثمة مؤسسات في مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة العبدية التي أنشئت في سنة ١٨٦١ وملجأ أيتام سيندروبولو الذي أنشئ في سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصرين من أراد أن ينشئ مستشفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا مخرج الوقف ، فلم يجد أمامه إلا سبيل الجهة للحكومة للاعاق على هذه المنشآت . وثمة مؤسسة بنارو أو « قطرة الحليب » وهو ملجأ أيتام إسرائيل اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منته كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة . والحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت للناس في مناسبات متعددة . ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي رسدت على خدتها » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٧١ )

إذا كان الإنشاء بعد الموت . ولم يجعل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاضعاً لموافقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألماني والقانون البلجيكي . بل لم يجعل لهذه السلطة حق الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية في فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التي تعينها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هي وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا هما اختلفتا في أمر جوهرى .

وللقضاء أيضاً أن يعدل في النظام الذى تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة في سند الإنشاء : بل له أن يلغىها إذا كان الإلغاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضرورياً لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيراً أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام . وفي هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخص ما يجعل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

### ثانياً - الإعمار المرنى (م ٢٤٩ - ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للإعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى الفوضى : لا الدائنون بمطمئنين لتصرفات مدينهم المعسر ، ولا هم مطمئنون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمئن لهم جميعاً . فنظم التقنين الجديد الإعسار تنظيمًا راعى فيه مصلحة الدائن ومصلحة المدين معاً ، وتحاشى أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين المعسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إرهاب وعنت . وراعى فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولاً إلى نظام أوضح حدوداً ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار بمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضي على كل حال لا يشهر إعساره إلا بعد أن يقدر جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارد المستقبلة ومقدرته الشخصية ومساوئته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

وإذا شهر إعسار المدين فبئس من الختم إن نحل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضي أن يبقى على الأجل ، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضي أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا نتاح للمدين المعسر تصفية ديونه ودبا في أحسن الظروف ملاءمة . والمدين في سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بشئ المثل ، وعلى أن يقوم بإيداع ثمن خزائنه الخسمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فرق ذلك ، إذا وقع الدائنون الحجز على إيراداته ، أن يطلب إلى القضاء نفقة بتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر في هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من الحماية ما لم يكن متاحاً لهم في ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص ، يقع بعد التسجيل على غفارات المدين ، في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . كذلك لا يسرى في حق الدائنين أى تصرف لمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقوقه أى وفاء يقوم به المدين . وتعزى الحماية الدائنين من تصرفات المدين . قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملاً من أعمال الغش التي إضراراً بدائنيه .

ويتبين مما قدمناه أن النظام الذى وضعه التقنين الجديد للإعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة : فهو يحمي المدين من دائنيه ، ويحمي الدائنين من بعض مدتهم ، ويحمي الدائنين بعضهم من بعض .

### ثالثاً - مواءمة الدين (م ٣١٥ - ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف في انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة الدين مع وضح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلى حوالة الحق حوالة الدين جرياً على سنتن التقنينات الحديثة . هذا إلى أن الفقه الإسلامى قد نظم حوالة الدين تنظيماً محكماً دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفي التقنين الجديد تم حوالة الدين إما «اتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز

للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته . وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحالة . وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً في حالة تعرض كثيراً في العمل ، هي حالة بيع العقار المرهون رهناً رهنياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب في ذمته بالحوالة كما يتخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

#### رابعاً - تصفية التركة (م ٨٧٦ - ٩١٤) :

من العيوب البارزة في التقنين القديم أنه في الوقت الذي كان يقر فيه القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها في عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى يتسلمها الورثة خالية من الديون مادامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سبباً في أن يقع القضاء والفقه في مصر في كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وبحسبنا هنا أن نخيل القارئ على هذه النصوص ، وهي تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

#### ب - مسائل تفصيلية متنوعة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية تتعقب أهمها فيما يأتي :

في الباب التمهيدى : عددت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامى من بينها ولا شك في أن هذا كسب جديد للشرعية الإسلامية ، لم تظهر به إلا في التقنين الجديد .

وفي الكتاب الأول : وهو الكتاب الذى خصص للالتزامات بوجه عام . استحدث التقنين الجديد (١) عدا نظرية الحوادث الطارئة (م ١٤٧) مستواية

(١) من المسائل التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد ، ونكتفي بالإشارة إليها في هذه الحاشية ، بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهليته (م ٩٢) .

عديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم ( أنظر م ١٦٤ فقرة ٢ ) . واستحدث كذلك مسئولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل لإثبات العكس عن الآلات الميكانيكية وعن الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة ( أنظر م ١٧٨ ) وأجاز في المادة ١٧٠ للقاضي ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يبين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .

وفي آثار الالتزام ، أجاز في المادة ٢٠٣ ( فقرة ٢ ) للمدين إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً له ، أن يقتصر على دفع تعويض تقديري إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إعدار المدين عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات . أما في الفوائد ، فقد استحدث التقنين الجديد ( م ٢٢٦ - ٢٢٧ ) أحكاماً هامة ترمي إلى الحد منها مجازاة للزعة في القوانين الحديثة ، فخفض السعر القانوني للفوائد إلى ٤٪ في المسائل المدنية وإلى ٥٪ في المسائل التجارية ، وخفض السعر الاتفاقى إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد مادفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين في حالتين أعفاه فيهما من دفع الفوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هي حالة ما إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ( م ٢٢٩ ) . والحالة الأخرى هي حالة ما إذا رسا المزاد في العين المحجوز عليها وفاء للمدين ، فلا يكون الدائنون مستحقين لفوائد التأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد ، على ألا يجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة ( م ٢٣٠ ) وفي هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالا للقيود الهامة التي فرضها التقنين الجديد على الفوائد ، نصت المادة ٢٣٢ على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم الفوائد المركبة نهجياً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلاً هاماً على قواعد الدعوى

البوليصة : فنص في المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لا يجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذى باشرها . ورد التقنين الجديد (م ٢٤٦) الحق فى الحبس إلى تكيفه القانونى الصحيح ، فجعله دفعاً بعدم التنفيذ ، لا حقاً عينياً كما كان يذهب إليه التقنين القديم . فأزال هذا التكيف الصحيح ما كان يعترض الحق فى الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ويمكن من تعميم هذا الحق فى جميع صورته المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً فى التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل الحصر .

وفى حوالة الحق ، جعلت الحوالة تم دون حاجة إلى رضا المدين (م ٣٠٣) وكان التقنين القديم - الوطنى دون المختلط - يشترط هذا الرضاء . وكان فى هذا تعطيل للعامل لمبرر له ، وتختلف عن التمشي مع القوانين الحديثة تحت أثر وهم خاطيء أن هذا هو حكم الفقه الإسلامى ، والحق أن هذا الفقه غير مسئول عن هذا العيب ، لأنه لا يعرف حوالة الحق أصلاً . وقد توهم بعض الفقهاء المصرين أن ما يسميه الفقه الإسلامى فى دقة تامة بحوالة الدين ، ويشترط فيه رضا المدين ، هو هذا الذى نسميه نحن فى قوانيننا الحديثة بحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفى انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضا المدين (م ٣٧١) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفى هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التقادم فقد جعلت مدته ثلاث سنوات فى الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية : كالاتزامات التى تنشأ من العمل غير المشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإبراء بلا سبب كالفضالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نحى التقنين الجديد فى هذا التجديد منحي التقنينات الحديثة . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضاً ولا يرجع فيه إلى إرادته لا يجوز أن يبقى فى الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارتضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق فى إبطال العقد لنقص فى الأهلية أو لعب من عيوب الرضاء يتقادم هو

أيضا بثلاث سنوات . حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطان مصمتا على العقود يهددها بالزوال مدة طويلة .

وفي الكتاب الثاني : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة . أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديلين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (م ٥٢٢) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهي مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول . حرم بيع الوفاء تحريما باتا (م ٤٦٥) ، وهذه هي نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزا دون قيد . ولما استكثر التعامل منه ضروبا هي رهن حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش . حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن بيع الوفاء فى مصر ليست إلا رهونا مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعا ، فى صورتها الساترة والسافرة .

وفى عقد الشركة أدخل التقنين الجديد تعديلا فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يجعل نصيب هذا الشريك فى الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهرى الذى تقوم عليه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (فقرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هذا الشريك يقدّر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تنفيذه الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم — جريا على سنن القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى — يسمي طائفة من العقود ، هي القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، عقودا عينة ويجعلها لانتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقية تخلفت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضاء المتعاقدين وحده كاف لانعقاد العقد فى غير طائفة معينة من العقود سماها عقودا رضائية . وكان يتطلب فى كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركنا غير لرضاء يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضى فى طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضاء المتعاقدين كافيا لانعقاد العقد فى غير طائفة العقود العينية ، فقد زالت الحكمة فى اشتراط العينية فى بعض العقود ، ولم يعد هناك من اشتراطها ،

(٥)



وقد اختفت فعلا في كثير من التقنيات الحديثة . واختفت كذلك في التقنين الجديد (١) .

وفي عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكما هاما ، فنص في المادة ٥٤٤ على أنه إذا اتفق على القوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء القوائد المستحقة عن السنة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد ، أو الحد منه .

وفي عقد الإيجار استحدث التقنين الجديد تعديلا هاما ، فجعل التزام المؤجر التزاما إيجابيا هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر في التقنين القديم التزاما سلبيا يقتصر على ترك المستأجر ينتفع بالعين . واقتضي هذا التعديل الجوهري نصا صريحا في التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصا كان موجودا في التقنين القديم ، يقضي أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لا يوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة .

وعلى النقيض من عقد الإيجار ، يقتضي عقد الكفالة تشددا من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعا في أكثر الأحيان ، ويغلب أن يكون قد تورط في كفالة لا تليث أن تعود عليه بالغرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لا يثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالبيئة (م ٧٧٣) .

وفي الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للمفوق العينة الأصلية ، استحدث التقنين الجديد تعديلات هامة في حق الملكية وأسباب كسبها .

---

(١) هذا مع استثناء هبة المنقول ، فإنها تم في إحدى صورتها بالقبض تشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تم تحت ستار عقد آخر . ٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا النص أن هبة المنقول ، إذا لم تخف تحت ستار عقد آخر ، تم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لألاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحدد شركة بينهما (م ٨١٣). وقد المثل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين ستمترا من حرف المثل (م ٨٢٠). ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنت الأقلية ووقفت حجر عثرة في سبيل الإصلاح (م ٨٢٨)؛ وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعدله المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩)، بل وحتى لو قررت التصرف في المال الشائع مستندة في ذلك إلى أسباب قوية (م ٨٣٢). وقصرت المادة ٨٣٣ حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول، أما العقار فاكنتي فيه بالشفعة، وبذلك حدد التقنين الجديد تحديدا عمليا واضحا نطاق كل من نظامين متقاربين، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسي وهو حق الاسترداد، وأخذ الآخر من الفقه الإسلامي وهو الشفعة. وأدخل التقنين الجديد في الملكية الشائعة نظامين جديدين. هما نظام ملكية الأسرة (م ٨٥١-٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢-٨٦٩). أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظما من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة. فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز في خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة. وجعل للشركاء الحق في تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع، وأعطى لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعدله المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به. وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصري في الريف. فكثيراً ما تسبق الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث، ويتولى الإدارة كبير الأسرة. فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقراً لهذه الحالة. والنظام الآخر - نظام اتحاد الملاك - يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن ينشؤوا مساكن تكون ملكاً لهم، فأجيز تكوين اتحاد لبناء المساكن أو اشتراكها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد، كما أجيز للملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم. ويضع الاتحاد، في كل من هاتين الصورتين، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك، ويكون له مأمور يتولى تنفيذ قراراته.

وفى هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمباني ذوات الطبقات ، وتشجيع على إنشاء هذه المباني ، مما يعين على التفريغ من أزمة المساكن فى المدن المكتظة بالسكان .  
وفى الاستيلاء كسبب للملك ، اشترط التقنين الجديد فيمن يحى الأرض المرات بقصد تملكها أن يكون مصرياً ( م ٨٧٤ فقرة ٣ ) ولم يكن هذا الشرط واجبا فى التقنين القديم .

وفى الالتصاق ، إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .  
وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً ، فأجاز فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض ، إذ كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهقه ، أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل . وفى حالة أخرى ، إذا كان مالك الأرض وهو يقم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة : أجازت المادة ٩٢٨ لاه محكمة إذا رأت علال ذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل .

وفى الشفعة : عالج التقنين الجديد نقصاً فى التقنين القديم ، فأباحت المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . وكان التقنين القديم يسقط حق الشفع أيضاً إذا لم يعلن الرغبة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، وكانت واقعة العلم هذه تثير منازعات كثيرة من ناحية الإثبات ، فوقف التقنين الجديد عند الإنذار الرسمي دون العلم .  
وضيق التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه فى التقنين القديم وذلك من نواح عدة : أوجب فى خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع الشفع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع ( م ٩٤٢ ) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول ( م ٩٤٣ ) ، وأسقط الحق فى الأخذ بالشفعة بمقتضى المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ( وفى التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر ) أو نزل الشفع عن هذا الحق ولو قبل البيع ( وفى التقنين القديم لم يكن يعتمد بنزول الشفع عن الحق

قبل البيع) ، كما لم يجوز الأخذ بالشفعة . بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ( وفى التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة ) .

وفى الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذى خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين الجديد فى الرهن الرسمي رهن الحصة الشائعة . فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذاً أياً كانت النتيجة التى تثرب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها . انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتين الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد ( م ١٠٣٣ ) بين رهن ملك العبر ويقع قابلاً للإبطال ، ورهن المال المستقبل ويقع باطلاً . وأجاز للدائن ( م ١٠٦٧ ) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطراً إلى زيادة العشر كما كان الأمر فى التقنين القديم .

ولم يُلغِ التقنين الجديد حق الاختصاص . ولكنه قلل من عبئيه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ ( م ١٠٨٥ فقرة ١ ) . وأجاز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكتفى لضمان الدين ( م ١٠٩٤ فقرة ١ ) ، ولم يستلزم . من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ( م ١٠٨٩ ) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها فى يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة فى التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين وللمهندسين المعماريين ( م ١١٤٨ ) . وقد عجل قانون الشهر العقارى إصلاحاً آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيازة العقارى خاضعين لنظام القيد دون نظام التسجيل .

هذه هي أهم الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن

أى حكم منها لا يسرى على الماضي . ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ قفاذ التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضي مشاكل نعالجها فى مواضعها من هذا الكتاب .

## ٢ - ما فىن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل

وهذه طائفتان . طائفة هي الأحكام التى قررهما القضاء المصرى دون نص فى ظل التقنين القديم ، وهي أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن مقننة فقننتها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوباً عليها فى التقنين القديم . ولكن النصوص كانت إما معيبة فقننتها التقنين الجديد ، أو مدموسة فى مكان غير التقنين المدنى فنقلها اتقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

## ١ - الأمطام التى قررهما القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم

دونه نص فننظرها التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . فقد انتفع هذا التقنين انتفاعاً بعيد المدى بالقضاء المصرى السابق ، من وطنى ومختلط ، وقنن المبادئ الهامة التى أقرها هذا القضاء فى خلال سبعين عاماً عمل فيها فى ظل التقنين القديم .

فى الباب التمهيدى . وردت نصوص صريحة فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفى الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يتناولها ، ولكن القضاء المصرى كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفى نظرية الالتزام . أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصرى فى طائفة كبيرة من النصوص . فى العقد والعمل القانونى نقل عن القضاء المصرى كيف تتوافق الإرادتان ، وكيف يتعاقد الغائبان ، وأورد نصوصاً صريحة فى مبادئ كان القضاء المصرى قد أقرها . كالنيابة فى التعاقد ، والعقد الإبدائى ، والعربون ، والاستغلال ، وإنقاص العقد ، ونحويله ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ،

والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والوعد بمجازرة . وفي مصادر الالتزام غير العقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كملاقة السببية في المسؤولية التصديرية . وأسباب دفع المسؤولية ، وطرق التعويض المختلفة ، واجتماع التقادم المدني والتقادم الجنائي ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك قن التقنين الجديد اقتضاء المصرى في مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالالتزام الطبيعي ، والالتزام بانخاذ الحيلة ، ونظرية التهديد المالي . والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، والضرر المباشر . والضرر الأدبي ، والمطالبة القضائية بالفوائد . وجواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتعديد الحساب الجارى ، والإناية ، وتقادم الربح ، وتقادم الاستحقاق في الوقف ، وبدء سريان التقادم ، ووقفه ، وانقطاعه ، والزول عنه . وتعديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفاتر التجار . والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه التمين الحاسمة ، وجواز إثبات الحث فيها .

وفي العقود المسماة ، قن التقنين الجديد أحكام القضاء في البيع بالتقسيط ، وفي إقرار المشتري بالاستحقاق ، وفي ضمان صلاحية المبيع . وفي تقديم الشريك نفوذه حصه في الشركة ، وفي القواعد التي تنظم إدارة الشركة ، وفي المسؤولية عن ديون الشركة ، وفي استمرار الشركة مع التصر ، وفي إثبات انصالح بالكتابة . وفي ضمان المؤجر للعموب الخفية ، وفي حريق العين المؤجرة ، وفي التحسينات التي يستحدثها المستأجر ، وفي أثر موت المستأجر في انقضاء عقد الإيجار ، وفي انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال الموظف وبهلاك الزرع ، وفي عدم إنقاص أجر الوكيل إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وفي نائب الوكيل ، وفي مسؤولية الموكل عن الضرر الذي يصيب الوكيل ، وفي تعدد الوكلاء ، وفي ودبعة الفذائق ، وفي كفالة ناقص الأهلية ، وفي تراحم الدائن مع الكفيل في الرجوع على المدين . كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها الأساسية ، كمعقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفي الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ، وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحائط المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشيوع الإجبارى ، وملكية الطقات ، والتصرفات الصادرة في مرض الموت ، وتراحم الشفعاء ،

وحق السكنى ، والقيود التي تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء .

وفي التأمينات العينية ، نقل التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى في شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء ، وفي زول الدائن المرتهن عن مرثيته ، وفي الحائز للعقار المرهون ، وفي بعض أحكام التطهير ، وفي منع حق الاختصاص بعد إعسار المدين أو موته ، وفي رهن الدين رهن حيازة ، وفي ترتيب حقوق الامتياز ، وفي التفصيلات المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق .

## ب - الأحكام التي كانت تقوم على نص تشريعى :

**نصوص كانت معية قهرىبت :** كان التقنين القديم يشتمل على نصوص معية فهذهها التقنين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التي وردت في الغلط ، وفي السب ، وفي البطلان ، وفي الاشتراط لمصلحة الغير ، وفي مسئولية المكلف بالرقابة ، وفي مسئولية المتبوع ، وفي دفع غير المستحق ، وفي الفضالة ، وفي الدعوى غير المباشرة ، وفي الدعوى البوليصية ، وفي الحق في الحبس ، وفي التضامن ، وفي المقاصة ، وفي وقف التقادم ، وفي البيع في مرض الموت ، وفي عقد المقاوله ، وفي الحراسة ، وفي القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وفي نظرية الحيازة ، وفي نظرية حق الارتفاق .

**نصوص كانت في ملأه آفر فذبلت الى التقنين المرنى :** نقل التقنين الجديد هذه النصوص إليه ووضعها في مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارداً في لائحة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والهبة وإيجار الوقف والحكر ، وكان الباحث يلتصقها في كتب الفقه الإسلامى . وأحكام العرض الحقيقي والإيداع والحوالة بين حجزين وإجراءات حق الاختصاص والبقاء في الشيوع لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت محشورة بين نصوص تقنين المرافعات . وقسمه المورث ، وقد وردت نصوصها في قانون

الوصية . والشفعة . وكانت قد فصلت عن التقنين المدني وصدر بها قانون خاص (١) .

---

(١) ويحب التمييز ، في التشريعات المدنية التي كانت منفصلة عن التقنين المدني القديم ،

بين :

« أ » تشريعات مدنية وضمت على سبيل ادوام والاستقرار ، وهي في الواقع من الأمر جزء من القانون المدني ، وإن كانت منفصلة مادياً عن التقنين المدني ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة وبالشهر العقاري وبالفوائد وبأرض وبطرح البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات فعلاً جزءاً من التقنين المدني القديم ، وأدمج الكثير منها في التقنين المدني الجديد ، وإن بقي بعضها منفصلاً عنه لأسباب خاصة كقانون الشهر العقاري وقانون الرى .

« ب » تشريعات خاصة صدرت في ظروف استثنائية لأسباب معينة ، وعاشت إلى جانب التقنين المدني القديم ، مستقلة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى بقاءه ، ولا تزول بزواله . وإنما هي تبقى بقاء الظروف الاستثنائية التي كانت سبباً في صدورهما ، وتزول بزوال هذه الظروف . مثل ذلك التشريع المتعلق بعدم جواز إخلاء الأماكن المؤجرة وتعيين حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التعليم وأغراض التوطين ، والتشريع الخاص بتجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تعتبر مستقلة عن القانون المدني ، ولم يلغها التقنين المدني الجديد ، وإنما هي باقية بقاء الظروف الاستثنائية التي استدعت صدورهما ، ولا تزول إلا إذا ألغيت بالتشريع الخاص أو إذا انقضت المدة التي قدرتها لبقائها .



## (٤)

### الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة).  
(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

\*\*\*

### ١ - موقف التقنين الجديد

#### من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة

يحسن ، حتى نرسم موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ، أن نبين أولاً أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين :  
( الاتجاه الأول ) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين ما بين المنطقة التى تنظمها الإرادة والمنطقة التى ينظمها القانون . ( والاتجاه الثانى ) يتعلق بمقدار ما ينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية *tendance subjective* ، ومقدار ما ينطوى عليه من نزعة موضوعية *tendance objective* ، وأية نزعة من هاتين الزعتين هي المتغلبة على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسى الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً إزاء تنازع نظريات متعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول - أى المذهب نختار فى تصوير الالتزام : المذهب الشخصى أم المذهب المادى ؟ (٢) والأمر الثانى - أية النظريتين نختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث - حظ التصرف المجرد *acte abstrait* بالنسبة إلى التصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان يحتله بجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة ، ولا تجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى التنبؤ من ذلك نختار المذهب المادى للالتزام ، وتؤثر

نظرية الإرادة الظاهرة ، ونجعل للتصرف المجرد مكانا ملحوظا إلى جانب التصرف المسبب .

ومن ثم فالاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف المسبب والتصرف المجرد .

ويقال عادة إن هذه الاتجاهات العامة في جملتها تفصل ما بين التقنيات اللاتينية والتقنيات الجرمانية . فالأولي مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذ به إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فشبعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ . والأولي تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية المادية . وتؤثر الأولى نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف المسبب هو القاعدة في التقنيات الأولى ، أما التقنيات الأخرى فتبرز إلى جانب التصرف المسبب التصرف المجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقي على عواهنه دون تمحيص . وهو إذا صدق فإنما يصدق في الناحية الفقهية أكثر مما يصدق في الناحية التشريعية . ذلك أنه لا يوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين ، ونبدأ بتأنا الاتجاه الآخر . فالتقنين الألماني - وهو عنوان التقنيات الجرمانية - أحترم مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالعنصر الشخصي في الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنة في كثير من النواحي ، وعرف التصرف المسبب فاعتره باطلاً إذا كان مخالفاً للآداب ، وجعله قابلاً للإبطال إذا شاب الإرادة عيب . والتقنين الفرنسي - وهو عنوان التقنيات اللاتينية - يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويعتد في بعض الحالات بالعنصر المادي في الالتزام ، ويأخذ بالإرادة الظاهرة في بعض النواحي ، ويعرف التصرف المجرد ولو على سبيل الاستثناء . فالفصل ما بين التقنيات الجرمانية والتقنيات اللاتينية في هذه الاتجاهات لا يجوز أن يكون فصلاً تاماً . والذي يمكن أن يقال في هذا الصدد أن نزعة التقنيات الجرمانية أقرب إلى اتجاهات منها إلى اتجاهات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنيات اللاتينية ، ولكن دون أن نستبعد هذه

الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين (١).  
أضف إلى ما تقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت في الخمسين عاما الأخيرة ،  
منذ ظهور التقنين الألماني . بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف  
إلى هذا الغرض ، حمل سالي ( Saleilles ) لواءها في مستهل القرن العشرين .  
وبرز هذا الطابع في التقنينات اللاتينية الحديثة التي ظهرت في القرن الحالي . ترى  
ذلك واضحا في التقنينين التونسي والمراكشي ، وفي التقنين اللبناني ، وفي المشروع  
الفرنسي الإيطالي . وفي التقنين الإيطالي الجديد ، وفي تقنينات أخرى متخيرة  
كالتقنين البولوني والتقنين البرازيلي والتقنين الصيني . وكان من أثر ذلك أن أصبحت  
هناك فروق محسوسة بين التقنين المدني الفرنسي أوفقنين نابليون (Code civil  
français, Code Napoléon) والقانون المدني الفرنسي (Droit civil français)  
وانفرجت مسافة الخلف بينهما (٢).

أما التقنين المصري الجديد فقد بدأ في مشروعه التمهيدى يتأثر تأثراً ظاهراً  
بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثير أخذ يخف تدريجاً في المراحل التالية ،  
وقد خف بنوع خاص في المشروع النهائي أمام لجنة المراجعة ، ثم في المشروع  
الذى أقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ . وهو في الصورة الأخيرة التي  
صدر بها قد انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتينى . وإذا كانت هناك بقايا من  
النزعة الجرمانية لا تزال موجودة (٣) ، فذلك هو القدر الذى تأثرت في حدوده  
القوانين اللاتينية ذاتها فقها وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لما للتقنين  
المصري الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا التقنين لا يزال منتبهاً للنظام اللاتينى  
لا في دائرة التقنين المدني الفرنسي بالذات ، ولكن في دائرة أوسع هي دائرة

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمود أبو عافية في رسالته «التصرف القانونى المجرى»  
نسخة عمرية ص ٢٧٤ - ص ٢٧٩ ، والدكتور أحمد زكى الشبى في المذكرة التى تقدم بها إلى  
معهده القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ ص ٣٥ - ص ٣٦ ، وانظر بنوع خاص ماورد  
في هذه المذكرة (ص ٣٧ - ص ٤٠) عن نظرية الثقة (Vertrauensstheorie) التى أخذ بها  
التقنين الألمانى متوسطاً في ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة .

(٢) أنظر في هذا المعنى التقرير الذى تقدم به الأستاذ مورى (Maury) إلى مؤتمر الأسبوع  
الدولى للقانون الذى عقد بباريس سنة ١٩٥٠ ص ١٢ . ويقارن الأستاذ بين التقنين الجديد  
وبين القانون الفرنسى من جهة والقانون الألمانى من جهة أخرى في ص ١٠ إلى ص ١٢ .

(٣) مثل ذلك تعريف العهد والمعايير الموضوعية والعقود التى تقوم على الإرادة الظاهرة  
وغير ذلك مما سنورد ، تمهيداً فيما يلى .

القانون المدنى الفرنسى المتأثر ببعض النزعات الجرمانية (١).

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تفاليد اللاتينية ، بل بقي محتفظا بها . والرّغم بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلابا فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لا يقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب . ولكن تسجيل لما تم فعلا من تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقى التقنين الجديد النظام اللاتينى أساسا له . ولكن النظام اللاتينى الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المدنى الفرنسى فى مقبل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسابرا لتجاذبات العملية وتخطي أعناق السنين حتى وصل إلى منتصف القرن العشرين . فالحقول بالثورة والانقلاب قول يخالف الواقع . وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن . ونظر الآن فى ضوء ما قدمناه إلى موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التى أسلفنا ذكرها .

## ١ - مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا . فلا هو انتقص منه إلى حد أن يجعله يفنى فى سلطان المشرع وسلطان القاضي ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تنجبه إلى إحداثه . ولا هو تركه

---

(١) أنظر فى هذا المعنى تقرير الأستاذ مورى المشار إليه وتقرير الدكتور شفيق شعاعته المقدم إلى مؤتمر الأسبوع الدولى الذى تقدم ذكره . وجاء فى ميسوط القانون المقارن للأستاذة بير أرمانيجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثانى ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) ، فى تقدير التقنين الجديد ما يأتى : « إن مبادئ (التقنين المصرى الجديد) ، وتكييفاته القانونية ، ومصطلحاته الفنية ، وقواعده الأساسية ، هى فى مجموعها متأثرة فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل مبتدع لما يمتاز به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale) .

يطني فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية ويتحدد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة .

استبقى القيود التي كان التقنين القديم يرسمها حدودا لسلطان الإرادة . فلا تزال هناك عقود شكلية روعي في شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تتجه لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة في نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للغبن في بعض العقود قائمة كما في بيع عقار القاصر وإيجار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه على الخمس ( م ٨٤٥ ) .

واستحدث قيودا جديدة طأوع فيها التطور الاجتماعي والاقتصادي للقانون طوال العصور الأخيرة ، بل سجل في بعضها ما كان القضاء المصري ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

فقيده من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق الغبن ، وحوره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرة تتناول جميع العقود . فرسم بذلك للإرادة حدودا جديدة لاتتعداها ، ومنع أن يستغل المتعاقد طيشاً أو هوى آنسه في المتعاقد الآخر حتى لورضي هذا بما وقع عليه من غبن ، إذ أن إرادته في هذه الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرتب القانون عليها أثرها ( أنظر المادة ١٢٩ ) . ومثل الاستغلال الإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدودا لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد في حالة الاستغلال يستغل في المتعاقد الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو في حالة الإذعان يستغل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المغبون مذعن في الحالتين . ومن ثم قيد القانون من سلطان الإرادة في حالة الإذعان كما قيد منها في حالة الاستغلال . فقضي بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لتقضي به العدالة ( أنظر المادة ١٤٩ ) (١) ، إن التقنين

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظر أخرى ، أن ما رتب القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام سلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يمتد اعتدداً كاملاً بالإرادة المستغلة أو المذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تكن حريتها ، ولا سلطان إلا للإرادة الحرة .

الجديد سار في الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد . فأنزم ، كما قدمنا في إدارة المال الشائع وفي التصرف فيه : أقلية الملاك في الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية ( أنظر المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢ ) . وجعل زمام الإدارة في يد الأغلبية إذا كون ملك طبقات البناء الواحد اتحادا فيما بينهم ( أنظر المواد ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧ ) (١) . وفي هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد ضحي هذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك في الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا في الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل في بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما سنرى ( أنظر المادة ٩٥ ) .

وقد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد . فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى . وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وطبق هذه النظرية تطبيقا خاصا في عقدى الإيجار والمقاولة . فنص في الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا» (أنظر أيضا المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص في الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاولة بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد» . وكجواز إنقاص الالتزام الذى أصبح مرهقا لحوادث

(١) أنظر أيضا في حالتين أخريين المادتين ٩٢٥ و ٩٢٨ .

طارئة جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيراً على الضرر الذي وقع فعلاً ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه «يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة» . ومثل ذلك أيضاً أن يقتصر المدين على دفع تعويض نقدي إذا تبين أن في التنفيذ العيني إرهاقاً له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه «إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين . جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدين ضرراً جسيماً» . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهي تضع الجزاء على مخالفة القيود التي تحدد من حق مالك العقار في البناء ، على أن «كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . ومثل ذلك أخيراً ما رتبته التقنين الجديد على تغير الظروف في تعديل حق الارتفاق وفي إنهائه . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، في صدد النهي عن إبدال موضع آخر بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتي : «ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق» . ونص في المادة ١٠٢٩ على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثها التقنين الجديد — وقد سبقه القضاء المصري إلى بعض منها — فخفف بهذا التجديد من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتي كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال في تقييد هذا المبدأ ، إذ هو فيما قيده به قد جارى النزعة

الحديثة التمشية ، لافى التقنيات الجرمانية وحدها بل وفى التقنيات اللاتينية الحديثة ذاتها ، فسار بذلك تطوراً محموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنيات (١).

## ب - النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام فى نظرية الالتزام أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الالتزام . فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى فيه هو مايقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذه هي نظرية القانون الرومانى . وعنها أخذت القوانين اللاتينية . أما المذهب المادى فينظر إلى محل الالتزام باعتبار أنه هو العنصر الأساسى فيه ، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثانى ، فيصبح الالتزام فى نظر هذا المذهب عنصراً مادياً أكثر منه علاقة شخصية . وهذه هي النظرية الجرمانية ، قال بها جيبرك ومن نحا نحوه من فقهاء الألمان متأثرين فى ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة . ونابذين تقاليد القانون الرومانى .

والمذهب المادى يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبنى الالتزام رغم تغير أطرافه . فلو أن الالتزام . فى عنصره الجوهرى . رابطة شخصية . لزال بزوال هذه الرابطة . ولما أمكن أن يتغير الدائن فى حوالة الحق . والمدين فى حوالة الدين ، دون أن يتغير الالتزام ذاته . وبفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن . والالتزامات التى تنشأ دون دائن تقع كثيراً فى الحياة العملية ، فمن ذلك التزام الواعد بنجاسة . والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والتزام من يوقع السند لحامله . فلو أن الالتزام ليس فى جوهره إلا رابطة شخصية بين

---

(١) على أن التقنين الجديد ، من جهة أخرى ، قد بسط فى سلطات الإرادة عندما استبقاها فى بعض الفروض نتج أثراً آخر غير الأثر المقصود أصلاً ، بعد أن أبطل أثرها الأصل . نرى ذلك فى انتقاص القصد وفى تحويله . فقد نصت المادة ١٤٣ على أنه «إذا كان القصد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن القصد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل القصد كله» . ونصت المادة ١٤٤ على أنه «إذا كان القصد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن القصد يكون صحيحاً باعتباره القصد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد» .



دائن ومدین ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدین معا وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنيات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصي في الالتزام ، تفصح مجالا لبعض تطبيقات المذهب المادی ، فتعترف بحالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله . وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادی بالمذهب الشخصي سارت التقنيات اللاتينية في تطورها ، فاعترفت بعضها بحالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بجائزة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يفرق في الأخذ بالمذهب المادی ، ولكنه من جهة أخرى سجل ماتم فعلاً من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولاً استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادی ، فاعترفت بحوالة الحق (أنظر المواد ٣٠٣ - ٣١٤) ، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبل أو لمصلحة أو جهة لم يعینا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانياً سجل ما تطورت إليه التقنيات اللاتينية في ناحية المذهب المادی إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥ - ٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه للجهمور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصي للالتزام ، ولم يخرج على تقاليده خروجا لا تبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادی يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدین ، وعن طريق هذه الإرادة تتسرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه بعينها ولا استغلال . ويجب أن تكون على هدى ،

لا غلط يشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانباً للظروف الطارئة غير المتوقعة ، بما سبق بيانه . أما الالتزام غير الإرادى فلا يزال هو أيضاً رابطة ما بين شخصين إلى حد أن الدائن بتعويض عن ضرر أدبى لا ينتقل حقه إلى ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء ( أنظر المادة ٢٢٢ ) . وفى هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصى فى الالتزامات غير العقدية .

### ب - نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى فى هذا أيضاً ، عند الكلام فى نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الإرادة . فذهب الإرادة الباطنة - وهو المذهب اللاتينى - يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب الإرادة الظاهرة - وهو المذهب الجرمانى - يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة والقانون إنما يعينه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى ينف عنه المتعاملون ويطمثون إليه فى تعاملهم .

ولم تسلم التقنيات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . ويعيننا فى هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديد بقى فى حظيرة التقنيات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو فى هذا قد تأثر بالزعة الجرمانية الموضوعية تأثر التقنيات اللاتينية ذاتها بهذه الزعة ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل ، فى تكوين العقد وفى تفسيره .

فى تكوين العقد سار إلى حد أن أقام العقد فى بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص فى المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ،

يرتبط بالعقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترن بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٢ من القانون الجديد على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه» . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس . وهي الإرادة التي تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠) . ويرتب على ذلك أنه إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦) . ويقرر في صدد الإكراه ما قرره في صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . فإذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر (١) .

(١) وقال مثل ذلك في السبب غير المشروع إذا لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن يستطيع أن يعلم به — هذا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتداد بالإرادة الحقيقية ، فيقال =

وفي تفسير العتد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة في العقود التي تكون عبارتها واضحة . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفي التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزام للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هي أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولا يجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف على تلك . فنحن في الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة . وإن كنا نفعل ذلك نحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة في بعض الفروض ، سواء كان ذلك في تكوين العقد أو في أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص في المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لا يجوز السير في هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تحمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها في بعض الفروض ، فقد صدر في ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فلما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذي يمكن التعرف عليها ، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التي تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفي مواطن شتى . سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

ففي تكوين العقد ، لم يعتد بالإرادة إلا في معدنها الحقيقي ، حرة مختارة غير مضلة ولا واهمة ، فحصرها من الغايط والتدليس والإكراه والاستغلال ، بل إنه

---

== إن العقد في الحالات التقدمية في الفلظ والتدليس والإكراه يجوز بإبطاله لفساد الإرادة ، ولكن يرجع للمنافد الآخر — وهو لا ذنب له — على المتعاقدين الأول بالتعويض ، وغير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً .

تعقبها في مظان ما قد تخضع له من ضغط كما فعل في عقود الإذعان . ثم سار في استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه مآلتها إلى من غايات مستمرة إلى مدى أبعد ، إذ اعتد لا بالإرادة وحدها بل أيضاً بالبائع الذي كان دافعاً لها . وهذه هي نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة . وفي الأخذ بهذه النظرية انخياز واضح للإرادة الباطنة .

وفي تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه «إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات» . فالأصل إذن في تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أى تلمس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات ، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للنفاذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الإرادة هي الإرادة الباطنة . ولكن هذه الإرادة في بعض الأحوال ، تبعاً لمقتضيات الاستقرار في التعامل ، تتجسم في المظهر الذي نتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هي الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هذا المظهر في نفوس المتعاملين . (١) وإذا كان التقنين الجديد قد سار في طريق

(١) هذا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكي الشبلي في المذكرة التي تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس في سنة ١٩٤٩ (ص ٣٧ - ٤٠) يرى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauensstheorie) التي أخذ بها التقنين الألماني والسويسري . وهذه النظرية وسط بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهي تأخذ بالإرادة التي استطاع من وجه إليه التعبير أن يعترفها من خلال هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التي يجب عقلاً أن تدخل في اعتباره . فالإرادة التي يعتد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هي الإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها من خلال هذه الضوابط الموضوعية (volonté reconnaissable) .

ولا شك في أن التقنين الجديد قد أخذ كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يعترف عليها عن طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسي ، فإن له في ذلك أسوة بالتقنيات اللاتينية الحديثة التي خطت هي أيضاً خطوات واسعة في هذا الطريق . ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة ، فهو على كل حال لم يبلغ في ذلك مبلغ التقنين الألماني والتقنيات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال في هذا الصدد باقياً في حظيرة التقنيات اللاتينية المتطورة .

## د - التصرف المسبب والتصرف المجرد :

سنرى عند الكلام في نظرية السبب أن هذه النظرية هي المحك الذي تتميز به التقنيات ذات الصبغة الذاتية عن التقنيات ذات الصبغة الموضوعية . فالتقنيات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتفسح له مجالاً واسعاً . ولا تقر التصرف المجرد عن سببه إلا في حدود ضيقة . أما التقنيات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولا تنسح له إلا مكاناً محدوداً . وتتوسع في إقرار التصرف المجرد ، وترده إلى قاعدة عامة .

وسنرى أن القانون الفرنسي قد خطا في نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسي بالنظرية التقليدية الضيقة ، وهي نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذي دفع إلى التعاقد . فحوارته إلى فكرة نفسية مخصصة . واشترط في كل تصرف أن يكون مقروناً بسببه . فلا يكون التصرف مجرداً (abstrait) إلا في حالات استثنائية يقتضيها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بدوائها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنيات الجرمانية . فعندها أن السبب فكرة موضوعية بحتة . وقد احتفظت هذه التقنيات في نظرتها هذه بصيغتها الموضوعية السائدة . ومن ثم أقرت التصرف المجرد في حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التي أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التي تنشئ الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع . وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإبادة في الوفاء .

بل سارت في هذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسمت خطوطاً رئيسية للتصرف المجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه ، فيتخذ صورة التعهد المجرد بالوفاء ( promesse abstraite de paiement ) أو الاعتراف المجرد بالدين ( reconnaissance abstraite de dette )

فإلى أي المذهبين انتمي التقنين الجديد ؟ هنا نراه انحاز انحيازاً تاماً إلى مذهب التقنينات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسي : نظرية نفسية واسعة تنفذ منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل في الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجديد أخذ في بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف في نظرية السبب عند المعيار الذاتي ، ولم يترشح في ذلك عن تقاليد التقنينات اللاتينية . فالتقنين المصري الجديد سببي ( causaliste ) كالتقنين المصري القديم ، وكالتقنين الفرنسي ، وهو يتعارض في هذا إلى حد بعيد مع التقنينات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسي يستوجب أن يكون كل التزام مقروناً بسببه ، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام المجرد إلا في حدود ضيقة ، فلا يضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية ، بل لا يعترف به إلا في حالات معينة يقتضيها الاستقرار في التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصوصاً خاصة .

ومن ثم نرى أن التقنين الجديد في هذا الصدد بقى كعادته في حظيرة التقنينات اللاتينية . بل إنه هنا ألزم هذه الحظيرة في أضيق حدودها ، ولم يتأثر لا كثيراً ولا قليلاً بالتقنينات الجرمانية .

## ٢ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاعتدال . رأيناه معتدلاً فيما قدمنا . يتوسط في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، يأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط بين المذهب الشخصي والمذهب المادي للالتزام ، فيستبقى المذهب الشخصي بعد أن يأخذ بما في المذهب المادي من نتائج عملية نافعة . ويتوسط بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، فيصدر عن الإرادة الباطنة ، يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث يقتضي ذلك استقرار التعامل . ثم هو يأخذ بنظرية السبب

كاملة ، ولا يقر التصرف الجرد إلا في حدود معتدلة معقولة .  
فالتقنين الجديد يعد بحق من القوانين المتخيرة ( électique ) ، وإن بقي بوجه  
عام في حظيرة التقنينات اللاتينية كما قدمنا .  
وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله  
قواماً بين الاستقرار والتطور . وبين الفرد والجماعة .

#### ١ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحي العملي  
ينبغي أن يحمل في طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى  
يكون عملياً .

**عوامل التطور في التقنين الجديد :** أهم هذه العوامل هي هذه المعايير  
المرنة التي جعلها التقنين الجديد في مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية  
الواسعة التي أعطاها للقاضي .

١ - **المعايير المرنة :** ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد  
الجامدة التي لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك الغبن في بيع عقار  
لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار ( م ٤٢٥ ) ،  
والقوائد القانونية والاتفاقية وقد رها سعر معلوم لا يتجاوز ( م ٢٢٦ - ٢٢٧ ) ،  
والقاعدة التي تقضي بأنه إذا عدل من دفع العربون فقدته وإذا عدل من قبضه  
رد ضعفه ( م ١٠٣ فقرة ٢ ) وقد نقلها التقنين الجديد عن القضاء والعرف ،  
والقاعدة التي استحدثها من جواز نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين  
غبن يزيد على الخمس ( م ٨٤٥ ) . هذه القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلاً واحداً  
ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتي تقف في بعض المسائل  
عند رقم معلوم لا يتغير عنه ، قد نكون في حاجة إليها في قليل من الحالات  
لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لا يجوز الاستكثار من مثل  
هذه القواعد الجامدة فإنها تقف عقبة في طريق التطور . وخير منها معايير مرنة  
يضعها المشرع هادياً للقاضي ، يسترشد بها هذا فيما يعرض له من الأقضية ،



ولا يتقيد فيها بخل واحد لا ينحرف عنه . بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملايسات (١) .

وهذا مثل لمعيار مرن استبدله التقنين الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة في التقنين القديم . فقد كانت المواد ٢٩١ - ٢٩٢ / ٣٦٤ - ٣٦٦ من التقنين القديم تنص على جواز فسخ البيع إذا وقع على أشياء يبعث جملة واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه أو أكثر . ثم نصت المادتان ٢٩٢ / ٣٦٧ من هذا التقنين على أنه لا يجوز للمشتري فسخ البيع في هذه الأحوال « إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين » . فنجد التقنين الجديد هذه القاعدة الجامدة التي تقف عند نسبة معينة من الثمن ، واستبدل بها معياراً مرناً . إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه « لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث إنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » . وكذلك يكون الحكم فيما لو وجد المبيع زائداً على المقدار المتفق عليه ( م ٤٣٣ فقرة ٢ ) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضي من الملاءمة ما بين ظروف كل قضية والحل القانوني الذي يناسبها . فقد يكون النقص أو الزيادة في المبيع أكثر من نصف العشر ويرفض القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، وقد يكون أقل ويوجب القاضي المشتري إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملايسات والظروف في كل قضية بذاتها .

وقد أكثر التقنين الجديد من هذه المعايير المرنة . إذ هي من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضاً منها .

فمن ذلك معيار الغلط الجوهرى ، وقد عرفته المادة ١٢١ بأنه الغلط الذى يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة

(١) أنظر في هذا المعنى : « القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار والقاعدة » ، رسالة بالفرنسية للدكتور ليون سنة ١٩٢٥ . هذا ولا يجوز الاعتراض على فكرة المعيار المرن بالخصية من تحكم القاضي ، وبأن هذا الحكم ممنوع إذا تقيد القاضي بقاعدة ثابتة . ذلك أن القاضي لا يلبث إزاء القاعدة الجامدة التي أصبحت لا تلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينتقل إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان أمامه معيار تشريعى مرن مفروض عليه أن يترشد به .

التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار التدليس الجسيم ، وقد قصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ومثل معيار التدليس الجسيم معيار الرهبة القائمة على أساس ، إذ تنص المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وفي الاستغلال اتخذ التقنين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق الاستغلال إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيئاً أو هوى جامعاً (م ١٢٩ فقرة أولى) . وكذلك في السبب اتخذ التقنين الجديد معيار الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به في النص . وفي جواز الرجوع في الهبة اتخذ معيار العذر المقبول ، فأجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ فقرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التي ذكرناها هي معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ في صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه » . وسنرى أن هناك معايير أخرى موضوعية في التقنين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

## ٢ - سلطة القاضي التقديرية : وعامل آخر في التقنين الجديد يفسح أمامه

المجال للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التي جعلها للقاضي . رأيناها في تطبيق هذه المعايير المرونة التي تقدم ذكرها ، وراها الآن فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقاً للمناسبات ، وما أعطي في ذلك من سلطة

تقديرية ، تفصل به في بعض الحالات إلى استحكال مافات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ماتم عليه الاتفاق فيما بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ في ذلك مدى ما بلغ التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً ، ويواجه بها ما يغير من ملابسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضي هذه السلطة التقديرية ، وهي سلطة تمكنه في بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الامتضاء .

فن النصوص التي تفسح للقاضي من سلطانه التقديرى ، هذه التي تجعل له حرية واسعة في تقدير التعويض المستحق للشخص المضروب ، وذلك في حالة الدفاع الشرعي ، فن جاوز في هذا الدفاع القدر الضروري أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦) ، وفي حالة الضرورة ، فن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفي تحديد طريقة التعويض ، فيعين القاضي هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضروب أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ١٧١) . ويقدر القاضي ، عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبعي (م ٢٠٠) . وللقاضي أن يعين الميعاد المناسب لحلولى أجل الدين إذا كان الوفاء مشروطاً عند المقدرة أو الميسرة (م ٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦ فقرة ٢) . وله أن يمنع توجيه البين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها (م ٤١٠ فقرة ١) . وإذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تاف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي سدت وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز

للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات التصديرية والنافعة، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .

ومن النصوص ما يميز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل في الشروط المتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تنصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥) . وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ فقرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز للقاضي في الاستغلال أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان في شق منه باطلاً (م ١٤٣) ، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان في الصورة التي هو عليها باطلاً وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) ، وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ فقرة ٢) ، وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م ١٤٩) ، وأن يقضي بالتعويض النقدي إذا كان التعويض العيني مرهقاً (م ٢٠٣ فقرة ٢) ، وأن يخفف التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا كان ميالاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ فقرة ٢) .

**عوامل الاستقرار في التقنين الجديد :** أهم هذه العوامل هي المعايير الموضوعية التي أكثر التقنين الجديد منها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات .

**١ - المعايير الموضوعية :** رأينا فيما قدمناه كيف أن التقنين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنة التي تعين على التطور ، وبقي الآن أن نرى كيف أن الكثرة الغالبة من هذه المعايير هي معايير موضوعية لا معايير ذاتية كالتي سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي ، من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة ، بل هي الأصل الذي تنتمي إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات التقنين الجديد . وقد أراد هذا التقنين أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التي تميز

التقنيات اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار . ونأتى بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فن المعايير الموضوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار «عناية الشخص المعتاد» . ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الروماني ، فهو معروف فيه ، شائع في نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصول الالتزام بعمل ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ثم طبقه في نواح متفرقة ، في العقود وفي غيرها . فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير في عقد العارية عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل في عقد العمل يجب عليه أن يبذل في تأدية العمل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (١) ) . والوكيل في عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد . فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنده في عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية في حفظ الشيء المودع ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت

الوديعة بآجر فيجب أن يبذل في حنص الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) .  
والحارس في الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالحفظ على الأموال المهدود  
إليه حراستها وإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل  
المعتاد (م ٧٣٤ فقرة ١) . والتقصير يجب عليه أن يبذل في القيام بالعمل  
عناية الشخص المعتاد (م ١٩٢) - ومن انه يبرر الموضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد  
في الاستغلال ، إذ لا يجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات  
أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب  
العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر (م ١٢٩ فقرة ١) . وما نص عليه في  
الخطأ الخاص ، من أن الالتزامات والحقائق المتصلة بالشئ تنتقل إليه في  
الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته (م ١٤٦) . وما نص  
عليه في المسؤولية عن الغير ، من أن الشخص يكون مسئولاً عن كل من يجب  
عليه قانوناً أو اتفاقاً رقبته وكان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته  
العقلية أو الجنسية (م ١٧٣ فقرة ١) . وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء ،  
من أن الشخص يكون مسئولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية  
خاصة (م ١٧٨) (١) . وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض  
عنه ، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب  
بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ،  
ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد  
معقول (م ٢٢١) . وما نص عليه في تحديد العيب الخفي في الشئ المباع ، من أنه  
عيب ينقص من قيمة الشئ أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو  
مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الفرض الذي أعدله (م ٤٤٧ فقرة ١) .  
وما نص عليه في الإيجار ، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض  
الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف (م ٦١٣) . وما نص عليه في  
اللتزام المرافق العامة ، من أن ملتزمي هذه المرافق إذا أثبتوا القوة القاهرة جاز لهم

---

(١) أما ما ورد في المادة ذاتها في شأن المسؤولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لامبار .  
وفي هذه المقالة بين الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية بين الفرق  
واضحاً بين المبار والقاعدة .

أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته (م ٦٧٣ فقرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث في تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين - وهذا هو معيار ذاتي - مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات - وهذه هي ضوابط موضوعية . ومانص عليه في تحديد العذر المقبول للرجوع في الهبة - وهو معيار ذاتي كما قدمنا ، بضوابط موضوعية ، منها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١) . ومانص عليه في مواضع كثيرة متفرقة في اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون عالماً بالشيء - وهذا معيار ذاتي - أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم به - وهذا ضابط موضوعي ( انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ في النيابة والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ في الغلط والتدليس والإكراه ) ، ومانص عليه في الغلط في المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية - وهذا معيار ذاتي - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد - وهذا ضابط موضوعي .

٢ - الإرادة الظاهرة : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ،

أخذ التقنين الجديد في بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توخياً لاستقرار التعامل . كما أخذ في حالات أخرى بالتصرف المجرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للغرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

ب - التقنين الجديد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً عادلاً . فلم يضح الفرد لمصلحة الجماعة : ولم يسخر الجماعة لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف حمى الفرد ، وكيف حمى الجماعة .

**مهمّة التقنين الجبريد للفرد :** لم يقصر التقنين الجديد في حماية الفرد ، ولم يتهاون في أن يفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً ، سواء كان ذلك في نطاق العقد أو في نطاق الملكية .

في نطاق العقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها . فلا يزال الفرد حراً في أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشئ العقد ، وهي التي ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقد ولا من خطه . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر ، والتي تشعب بها التقنين المدني الفرنسي عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ما تنجبه إلى تحقيقه من آثار ، في حدود معقولة مقبولة ، في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفي نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فلذلك الشيء وحده حتى استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق في كل ثماره ومنتجانه وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولمن أوصى لهم . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تثقل الملكية في التقنين القديم . من ذلك الحق في الشفعة ، ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكر ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكر على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمي الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حرته في التعاقد وحرته في التملك .



**مما به التقنين الجدير للجماعة :** ولكن القانون الجديد يتمشي مع روح عصره ، ويساير التطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك تراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدي بعيد ، فهو محوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلاً فيما أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد في هذا الصدد بأنه ألزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يعنيها أن تحمي الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوي ، وأن تقيله من عثاره . رأينا التقنين الجديد يفعل ذلك في عقود الإذعان ، وفي نظرية الاستغلال ، وفي نظرية الحوادث الطارئة ، وفي عقد العمل ، وفي عقد التأمين ، وفي أحكام أخرى كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طابعه حماية المدين ، وهو في ذلك على التقيض من التقنين القديم الذي كان يمعن في حماية الدائن . ففي فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في نقاضي الفوائد ذكرناها تفصيلاً فيما تقدم ( أنظر المواد ٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣٢ و٥٤٤ ) .

ثم إنه قيد إلى مدي بعيد من حق الدائن في الاختصاص بعقار المدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لا يجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . ولم يجز بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ فقرة ٢) . ولم يجز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوي الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وأجاز ، كما قدمنا ، لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعبان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكتفي لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) .

وفي نطاق الملكية . قفز التقنين الجديد قفزة واسعة في جعل الملكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدى صرح بذلك في أحد

نصوصه ، فذكر في المادة ١١٦٢ منه أن لماك الشيء مادام ملتزماً بحدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة في المشروع النهائي قصداً إلى حذف حكمها . بل لأنها ، كما جاء في الأعمال التحضيرية (١) ، « أشكل » لإيضاحات الفقيه . وأن في التطبيقات التي أوردها المشروع في النصوص التالية ما يعنى بها . وقد تضمنت النصوص التالية فعلاً من القيود على حق الملكية يجعل هذا الحق وظيفته اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو في استعماله حتى إلى حد يضر بملك الجار . وتكفلت المواد ٨٠٨ — ٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية ، في الشرب والمجرى والمسيل وحتى المرور والحائط المشترك والمطالات وشروط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية . بما يغلو يد المالك في استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لفصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متمثلة في العسم من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمته في نظام الشيوع وكيف جعل التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبية الملاك حتى يخضع الأقلية لحكم التضامن ( م ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢ ) . وترى ذلك في ملكية الأسرة ( م ٨٥١ — ٨٥٥ ) ، وفي ملكية الطبقات ( م ٨٥٦ — ٨٦١ ) . وفي اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد ( م ٨٦٢ — ٨٦٩ ) . وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك . وبعد . فهذا طرف من القيود التي يضعها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق الملكية . وتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية . وما هو في هذا إلا مرة لعصره ، تمكن عليه صور التطورات العميقة التي مر بها القانون في خلال قرن ونصف قرن . منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ذي النزعة الفردية .

\*\*\*

وبأي التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة لمدينة الجيل الذي ظهر فيه .

# الكتاب الأول

من القانون المدني الجديد



الالتزامات بوجه عام

## كلمة تمهيدية

# في التعريف بالالتزام

\* \* \*

### ١ — تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني

١ — أقسام القانون المدني : ينقسم القانون المدني — وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض — إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .  
فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .  
والمال في نظر القانون يتكون من حقوق .  
والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني أو حق شخصي .  
والحق الشخصي هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين .

٢ — الحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني ( droit réel ) هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي ( droit personnel ) فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يحول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .  
ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء غريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

### ٣ - تعريف الحق العيني من الحق الشخصي : أما الفريق الأول ،

وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيري أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذن يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي . ويتفق معه أيضاً في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلا موضوعه الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يمتثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شئ غير جوهري هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) . أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يماثل الحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « سلطة لشخص على شئ » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشئ » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر . إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أدخل أحد هذا الالتزام ، بأن حرص المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مستولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشئ . مرضع الحق برسلاتهم ، ولا وجود لهُؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق

جوهري ما بين الحقين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها (١) .

٤ — **تقريب الحق الشخصي من الحق العيني** : وهناك الفريق الثاني وهو الذي يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق العيني . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى ( Saleilles ) ولامبير ( Lambert ) . ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية ( patrimoine ) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه وبهه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لاعتبار أنه رابطة ما بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني . وهذا هو المذهب المادي في الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلى .

ونحن لانكر على المذهب المادي للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانوني الحديث . ولكننا مع ذلك لانراه يهدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لاعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لا يبنى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة المدين .

---

(١) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك في كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد العلى خيال بك ( فقرة • ) في هذا العدد ما يأتى : « إن التكليف باحترام الحق العيني وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالداهية أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف بتقرر إذن بمد وجود الحق العيني ، بينما الالتزام الواقع على المدين في الحق الشخصي جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيره » . ( الدكتور حشمت أبوستيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥ ص ١٠١ ، ماسر رقم ١ ) .

٥ — بقاء التمييز ما بين الحقين قائماً: يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين . ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق .

٦ — نتائج هذا التمييز: وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزاً جوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني . وتترتب عليه نتيجتان هامتان :  
١ — لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء ( droit de suite ) في يد أى شخص انتقلت إليه ملكيته .  
٢ — وله أيضاً ، إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن : أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضى حقه من الشيء ( droit de préférence ) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشيء (١) .

## ٥ ٢ — المذهبان الشخصي والمادى في الالتزام

٧ — الرابطة القانونية ما بين الدائنين والمدينين : تبين مما قدمناه أن الحق الشخصي ، أى الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسمى الرومان : *juris vinculum* .

(١) ويلاحظ في هذا الصدد أن النزاع عن الحق العيني يتم بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الحق . أما النزاع عن الحق الشخصي فكان في القانون المدنى القديم لا يتم إلا باتفاق الدائن والمدين تقليداً لتاحية ما ينطوى عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن في القانون المدنى الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تقليداً لتاحية ما ينطوى عليه الحق من قيمة مالية . ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيازة ، وهى التى يستند إليها التقادم الكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالميزة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب قننى يمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصياغة القانونية . ومن لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفى الوفاء بمسئولية شخص كان الدين في حياته (م ٣٣٤ من القانون المدنى الجديد) .

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت في أول أمرها سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني والحق الشخصي ، فالأول سلطة تعطى للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطى للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يداخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تطلعت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بحبس المدين مثلاً . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً للذمة الدائن ، ويرتب ديناً في ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محفظاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه . فلهب يقلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني ، ومذهب يقلب الناحية المالية وهو المذهب الألماني الحديث .

#### ٨ — المذهب الشخصي في الالتزام : أما المذهب الشخصي (théorie

subjective) فيرى الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلايول على أن يزيد في تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (Savigny) . فقد كان يرى الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لاكتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيرتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها ، فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام في



نظر سافيني شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحالين .

٩ - المذهب المادي في الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهي مطبوعة بطابع القانون الروماني ، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتنسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام في وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم جيرك (Gierke) ، وأبوا أن تستقر في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيرك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تنف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية (١) . هذه هي النظرية المادية (théorie

(١) وساعد على ذبوع النظرية المادية في ألمانيا تحليل الحق الشخصي على اعتبار أنه حق على شيء (Jus ad rem) ، فاقرب بذلك من الحق العيني الذي هو حق في شيء (Jus in re) وقد أوغل الألمان في التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصي في النهاية خطوة نحو الحق العيني ، إذ يبق حق الدائن شخصياً إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عنياً على ماله .

وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المديونية والمسئولية .

الذمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهي مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، ويشير لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لفرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر الذمة المالية التي هي شيء مادي ، فإنه يكسب منها هذه الصفة .

وعبر الألمان بين المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) ، فالمديونية واجب قانوني معين يقوم به شخص لآخر . فهي إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبوله . الوفاء - ولا تتضمن المديونية عامل الإيجاب على الوفاء ، إنما الإيجاب هو الشيء الذي تستلزمه المسئولية . فالمدين قد يكون مديناً ومسئولاً في وقت معاً فيجمع ما بين المديونية والمسئولية ، وفي هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك . =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا ، فقد نشرها في فرنسا نقلاً عن المدرسة الألمانية سالي (Saleillea) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب في فرنسا ولو أن المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي .

١٠ — **الناتج العملية للمذهب المادى** : وليس المذهب المادى مجرد مذهب نظري ، بل هو خصب في نتائجه العملية . فإن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئاً مادياً يكون من شأنه أن يزيد في سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية في العصر الحاضر من تبسيط في المعاملات وتيسير لها ، حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . وينبنى على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولاً) لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette) . وهذا ما اعترفت به التقنينات المشبعة بالمذهب المادى ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسرى ، وعلى أثرهما سار التقنين المدني

== وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالنسبة على شخصه أو بالنسبة على ماله من طريق شخصه . وقد تفصل المشوالة عن المديونية ، فلا يمكن إحراز الدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطبيعى في القوانين اللاتينية) ، ويكون هناك شخص آخر هو المشول في شخصه (ويقرب من الكفيل بالنفس في الشريعة الإسلامية) أو في ماله عن طريق شخصه (ويقرب من الكفيل الشخصى) ، وقد تنحصر المشوالية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المشول (ويقرب من الكفيل العيني أو الحائز للمقار الرهون) . فالمشوالية تكون إذن على نوعين : (١) مشوالية شخصية تقع على شخص المشول أو على ماله عن طريق شخصه . (٢) ومشوالية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يبين أن المشوالية البنية . وهي أحد العنصرين الجوهرين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصفة المادية (انظر Rudolf Huebner : A History of German Private Law ترجمه إلى الإنجليزية الأستاذ (Philbrick) لندن سنة ١٩١٨ ص ٤٦٣ — ص ٤٨٩) .

الجديد ، وقد سار في ذلك الشريعة الإسلامية وهي تعترف بمحوالة الدين . أما التقنين المسدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعترف إلا بمحوالة الحق .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهرى في الالتزام ، فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه ، فيستند الالتزام إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول ، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى أمكن تصور التزام يقع عبثاً في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه . ولا شك في أن تحليل الالتزام على هذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التي لا يمكن تفسيرها إذا تقيدنا بالمذهب الشخصي . ونذكر من هذه المسائل ما يأتي :

(١) التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين : هناك حالات عملية نرى فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد بجائزة من عشر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة ووجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . فتل هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ويستعصي على المذهب الشخصى الذى يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) نظرية المستراط لمصلحة الغير : إذا طبقت هذه النظرية في حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام في هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام مثل هذا إذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . فلا يستطيع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادى .

(٣) **السرد لحامد** : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فهنا أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

١١ — **تقرير المذهبين الشخصى والمادى** : لا شك فى أن النظرية المادية من شأنها أن تؤدى إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين — وهذا شيء نفسى — يؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذى تنسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام إنما هو هذا الذى يقوم عليه الفرق الجوهرى ما بين الحق الشخصى والحق العيى . فقد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء فى الحق الشخصى سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية فى الالتزام .

والتقنين المدنى الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

### ٥ ٣ - اختيار تعريف للالتزام

#### ١٢ - تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي . فقد كانت المادتان ١٤٤/٩٠ من القانون المدني القديم تنصان على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه» . والقانون القديم كان يسمي الالتزام «تعهداً» . ولفظ «الالتزام» أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرضاً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا القانون علي أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل» . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلا منهما ينص علي أن محل الالتزام هو عمل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء معين .. ويزيد القانون الفرنسي أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء (donner) ، أي نقل ملكية أو حق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

#### ١٣ - التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني :

المجبرم : وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، في المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي : «الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل» .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي (١) : «كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من

روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التقنين المصري الحالي (م ٩٠ / ١٤٤) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع برأي معين في مسألة حفظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث . وقد أثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وهي بعد نزعة الشريعة الغراء في تصويرها لفكرة الالتزام . وبراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل في التعريف إغفالا تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصور المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد . على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذکور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام .

وقد رؤى حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، وتحزناً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصي . فالتعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي ألبق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع (١) .

**١٤ - التعريف الذي نختاره :** وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام ، في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ في المباحث .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام ،  
وعندنا أن التعريف الذي يبنى بهذا الغرض :  
« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو  
بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

## § ٤ — أهمية نظرية الالتزام

وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — **أهمية نظرية الالتزام** : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام ،  
بقي أن تدل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهي من القانون المدني ، بل  
ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد (Tarde)  
في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي . ويجد علماء القانون  
فيها مجالاً فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض  
الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ،  
ويجردها من كل ذلك ، ويرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة  
من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع  
لها أساساً رياضية يضاهي بها النظريات الهندسية .

١٦ — **تطور النظرية** : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هي أصلح  
النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقي ، وأفسحها مجالاً للتجريد والتعميم ،  
وأخصبها ربة لإنبات المبادئ العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية  
للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة لوحدتها أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ،  
فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت  
ثابتة على الزمن ، تلقينها عن الرومان كما هي دون تغيير يذكر . والصحيح أن  
نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت  
في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — **تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية** : فالنظريات الاشتراكية  
وما في منحائها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت في نظرية الالتزام تأثيراً

واضحاً . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحم بالقواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تبنى فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تنسج في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضي به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقدته يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

١٨ — تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية : كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ المذهب المادي للالتزام يبرز إلى جانب المذهب الشخصي كإقدماتنا . وجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالاً اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسؤولية على الخطأ المفروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة ، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام هي تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفي التسعير الجبري للسلع والأجر .



## ١٩ - تأثير النظرية بالعوامل الأدبية : أما تأثير العوامل الأدبية في

نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التي تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، والمبدأ القاضي بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الأدبية ، وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الفاسد يستند إلى التزام بوجوب الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التي ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هي في الواقع أوامر ونواه أدبية تقضى بوجوب العطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بدوى القربى والأرحام . فإذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لانه يكون مبالغين في هذا القول ، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيئان متلازمان .

## ٢٠ - ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام

نبدأ الكلام في مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة في ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها في أبواب أربعة :

الباب الأول : في العقد .

الباب الثاني : في العمل غير المشروع .

الباب الثالث : في الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : في القانون .



## مقدمة

### في ترتيب مصادر الالتزام

٢١ - تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام . فالإلزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والالتزام المتسبب في ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع . والالتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون .

٢٢ - الترتيب التلخيصي لمصادر الالتزام : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد ( contrat ) ، وشبه العقد ( quasi-contrat ) ، والجريمة ( délit ) ، وشبه الجريمة ( quasi-délit ) ، والقانون ( loi ) .  
فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع يتفق بتفتتياه البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري كالتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل في جانب ذلك الغير ( أنظر المادة ١٣٧١ من القانون المدني الفرنسي ) . مثل ذلك الفضولي ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه وبأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يرد ما أنفقته الفضولي من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده الفضولي من التزامات في سبيل القيام بمهمته ( أنظر المادة ١٣٧٥ من القانون المدني الفرنسي ) .

والجريمة هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا الإضرار بالغير ، كما إذا أتلف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذي أتلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه في حالات معينة . كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقرامة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

هذه هي مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا في الترتيب الذي يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهورهم على ترتيب معين .

وحتى نستوعب هذه المسألة الهامة نبحت أولاً من أين أتى هذا الترتيب الذي قدمناه ، ثم نبين وجوه النقد فيه ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب الحديث لمصادر الالتزام .

## ١٨ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٣ — القانون الرومانى : لم يرد هذا الترتيب في القانون الرومانى في عهده المدرسي ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة ( delicta ) وتنحصر في جرائم محددة ، والعقد ( contractus ) ويشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التي لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهي مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الرومانى ترتيبها ، وأسمائها « الأسباب المختلفة » ( variae causarum figurae ) .

هذا هو ترتيب القانون الرومانى لمصادر الالتزام في عهده المدرسي . ولم يكن فيه شيء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جاييس Gaius ،

أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجماعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع (١). والذي كان جاييس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالالتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن تجاوز حد الضرر الذي أحدثه العمل . والفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه في المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع في المعنى الثاني على الأثر . وكان جاييس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جاييس أيضاً أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعينة المعروفة (٢) ، ويقصد المعنى الذي قصد إليه في الأعمال غير المشروعة ، فهي التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن في مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هي التزامات كذلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى بشبه العقد ، فالأول توافقي لإرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه ، بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلاً . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur) .

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وعموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جاييس نفسه ونقله عنه جستنيان (Justinien) شيء من الخلط بينهما . على أنه يلاحظ أن كلا من جاييس وجستنيان لم يستعمل لفظي «شبه العقد» و «شبه الجريمة» اللذين استعملهما بوثيه (Pothier) والقانون الفرنسي من بعده . وقد أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذي كان يعنيه جاييس من اللفظين المقابلين لهما في ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلي .

(١) فالحق بالجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والفسخ والتهديد ، أعمالاً أخرى غير مشروعة ، كإخلال القاضي بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل ، فتعصب الغير بالضرر . (٢) فالحق بالعقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والفرض والمارية والمقايضة والقسمة ، أعمالاً ووفائهم أخرى مشروعة كعمل الفضولي ودفع غير المستحق وحالة الجوار ومركز الشخص في أسرته فيما يترتب على هذه الوفاءات من التزامات .

## ٢٤ - الفانون الفرنسى القديم : أما ترتيب مصادر الالتزام فى القانون

الفرنسى القديم فتاريخه تحويل مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الرومانى ( *quasi ex delicto* ) و ( *quasi ex contractu* ) أن انقلب فأصبح ( *ex quasi delicto* ) و ( *ex quasi contractu* ) . ولكن المعنى فى أول الأمر لم يتغير واقتصر التحويل على اللفظ ، وإن كان « شبه العقد » اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامة والميراث . وفى عهد أصحاب الحواشى ( *glossateurs* ) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة ( *variae causarum figurae* ) . فاستبقى « المحشون » المصادر الأربعة التى عرفت عند جاينس وجستنيان ، ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التى جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى ينسبوا إليها الالتزامات التى لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما فى دعوى الاسترداد بسبب السرقة ( *condictio furtiva* )

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقى التى اشتهرت بها على بحث الأساس الذى بنيت عليه الالتزامات الناشئة من « ملحق العقد » . وكان رأى بارتول ( *Bartole* ) أن ملحق العقد هذا ليس مبنياً على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هي الخطوة الأولى فى تقريب « ملحق العقد » من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذى قصد إليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح « ملحق العقد » يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذى يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانفجرت مسافة الخلاف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى « ملحق العقد » هو العمل المشروع الذى ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هي أن تنفى عنه صفة العقد . أما الآن « فالملحق بالعقد » هو عمل مشروع يقرب من العقد فى أن كلا منهما ليس عملاً مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبنى على إرادة : حقيقية فى العقد ومفترضة فى الملحق العقد . ومن ثم كانت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا « شبه عقد » .

ثم أتى نوتبيه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ — قانونه نابليون : وانتقل الترتيب الذى أتى به بوتنيه إلى قانون نابليون على علاته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هي المصادر ذاتها التى قال بها بوتنيه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدنى الفرنسى فى أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يعرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحاتهم .

### ٢٥ . نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٦ — نقد الأستاذ بونبول<sup>(١)</sup> : يرى الأستاذ بلابول (Planiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها ، لأهمية له ، لامن حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر . فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملاً فى الحالتين .

أما شبه العقد فهو فى نظر الأستاذ بلابول تعبير مضلل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدى يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد فى أنه عمل إرادى ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة فى أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادى ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادى ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة — بله توافق الإرادتين — فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها فى المتعاقد لأن التزامه لا ينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا فى شبه العقد قد

---

(١) أنظر مقاله فى المجلة الانتقادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ من ٢٢٤ وما بعدها .  
وانظر أيضاً مختصره فى القانون المدنى جزء ٢ نقرة ٨٠٦ وما بعدها .

نصادف عملاً إرادياً في مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام في ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أثرى به على حساب صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادي ليس هو الذي خلق الالتزام . وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذي لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذي فوجيء بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع . فيظهر هذا إذا تعمقنا في تحليل الالتزام الذي ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذي يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذي ينشئ الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذي دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متمسكين بإياه متصلاً بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب في الحالتين المتقدمتين وفي الحالات الأخرى الماثلة يرجع إلي إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن . فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه . فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع . ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادي ولا بالعمل المشروع كما يزعمون .

٢٧ - رأى الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون . ذلك أن الالتزامات التي تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالتزامات قانونية . ففي شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو رد ما أثرى به . وفي الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص : خطأه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يضر الغير بخطأه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو تعويض الضرر الذي أحدثه .



والذي يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالاتزامات القانونية درءاً للضرر قد يقع في المستقبل ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحالت إلى تعويض ، على الوجه الذي نراه في الالتزامات التعاقدية عندما تستحيل هي أيضاً إلى تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل التزام غير تعاقدي يكون التزاماً قانونياً ، إما في صورته الأصلية ، وإما في صورة استحاله فيها إلى تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع ، وفي الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

## ٢٨ - تقرير رأي الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام :

هذا هو الرأي الذي يقدمه الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام . وهو رأي خلاص ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظ من الابتداع أقل مما يظهر لأول وهلة . فقد سبقه توليه (Toulier) (١) إلى نقد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام نقداً جديداً . وبين في وضوح وجلاء : (أولاً) أن مصادر الالتزام لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من المدين أو الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة هي عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير . وأن المشرع كما ألزم من يأتي بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من يثرى بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلى هذا الغير ما أثرى به على حسابه ، وهذا تقابل منطقي عادل .

ولكن بلانيول كان متدعياً عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية

---

(١) توليه ١١ فقره ٢ ، وما بعدها . وعمل توليه هو أول من قد الترتيب الذي أتى به قانون نابليون نقداً جديداً ، وبمسئ القارىء في كتابته الدقة والتمعن عند معالجته هذا الموضوع . وقد أنصف بلانيول توليه حين ذكر عنه ما يأتي : «... إن هاتين الصفتين من كتابه ، وهما صادرتان عن تفكير قوى وتعبير متين ، لم يلقا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندري كيف أن ديغولمب ، وهو الذي استعان كثيراً بكتاب توليه في هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإتاً إذا لم تقرأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبسه منه ديغولمب لا تخزر أن توليه قد أتى بهذه الآثار العميقة المتبعة » . (بلانيول ٢ فقره ٨١١ هامش رقم ١) .

والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا التزامات قانونية استحالت إلى تعويض مالي . وكان مبتدعاً كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

علي أنه بالرغم من روعة ما في هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلقى كثيراً من الضوء على ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقد خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين مصدر نشوئها .

هذا هو بوجه إجمالي موضع الضعف في نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يأتي :

(أولاً) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر (١) . وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول في تأكيد أن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجهة . ذلك أن المثلث على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه في أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا إليه في نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إضرار على حساب الغير . فيبقى العمل في ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلاً كبيراً في توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على

---

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر لبعض الالتزامات فإننا نقصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تتولد من وقائع قانونية ، شأنها في ذلك شأن الالتزامات التي تتولد من العقد ومن العمل غير المشروع . ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تتولد عن هذه الوقائع إلا في حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

أثر الحملة التي قام بها ، على نقد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، ننقل الآن إليه .

### § ٣ - الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ - القانون المدني القديم : نص القانون المدني القديم في المادتين ١٤٧/٩٣ على أن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون» . وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذي أتى به القانون الفرنسي . فقد تجنب أكثر وجوه النقد التي توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة . ولم يجعل ما يسمي « بشبه العقد » مصدراً للالتزام ، بل جمع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد وأسماء «فعلاً» (fait) . وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل ما يمكن أن يوجه للقانون المصري القديم من النقد أنه لم يبين ما ينطوي تحت كلمة «الفعل» من معان . فالنقل إما أن يكون من شأنه أن يفقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن يغني المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا يتكشف عن «الفعل» مصدران لامصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

### ٣٠ - التقنيات الحديثة والفهم الحديث : وإذا رجعنا إلى التقنيات

الحديثة ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين الإيطالي الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ما توخه من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال في شيء من التعميم إن المصادر التي أقرتها هذه التقنيات خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

ويشارك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم في مصدرين هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان في « العمل غير المشروع » . وشبه

العقد في الترتيب القديم يقابله الإثراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .

وهذا الترتيب هو الذي أخذ به أكثر الفقهاء في الفقه الحديث (١) .

### ٣١ - التقنين المدني الجديد : وبلا حظ أن التقنينات الحديثة لا تورث

في نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخجاسي الذي تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب يستخلص من التبويب الذي اتخذته هذه التقنينات . وعلى هذا النحو جرى التقنين المدني الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً بقر فيه أى ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة في فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي .

«والواقع أن مدث التقنينات ، ولا سيما ما كان منها جرماني النزعة . لا يورد في النصوص تقسماً للمصادر . بل إن المشروع الفرنسي الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ، ونمي على التقسيم الذي اتبعه التقنين الفرنسي قصوره وفساده ومجانفته للمعقول . وقد برر

---

(١) ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى بك (أنظر كتابه في أصول الالتزامات ص ٣٦ - ص ٤٠) إلى أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن الفاتنين بالترتيب التناؤى . فمده أن الالتزام العقدى يجعل إلى التزمين مستقلين لكل منهما مصدر خاص : الدين ومصدره الإرادة ، وإجبار الدين على الوفاء ومصدره القانون . وهذا الالتزام التانى هو المسئولية العقدية . وهو يذهب إلى أن المسئولية العقدية ، كغيرها من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون يقضى بالمسئولية إذا أخل المتمرد بالوفاء بتمده ، وإذا أصر الإنسان بغيره ، وإذا أترى على حساب غيره ، وإذا تدخل في شؤون غيره ...

ولا تظيل القول في قد هذا التقسيم فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجزمه بالاشارة إلى أن عيه الجوهري في رأينا هو أن المؤلف يذهب إلى أن مصدر المسئولية العقدية يختلف عن مصدر الدين العقدى . والصحيح أن المسئولية العقدية والدين العقدى لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن الدين في العقد إنما أراد أن يرتب في ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لوائه حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتي بعد ذلك بقر هذه الإرادة في شقيها ، شق المدبونية وشق المسئولية . فلا محل مطلقاً للتيزم ما بين المدبونية والمسئولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يعمرون ما بين المدبونية والمسئولية في الالتزام العقدى ولكنهم لا يجعلون أحدهما يختلف في مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للدفاع عن هذا التقسيم .

واضع المشروع الفرنسي الإيطالي إعراضهم عن كل تقسيم ونبذهم للأحكام الحالية الواردة في المادة ١٣٧٠ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالي بأن التقسيم الذي اتبعه هذان النصان أُلقي بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا : «والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدي أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المعقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهد الفقه في الإبداع والتصوره . وقد رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالي الذي اتبعه التقنين الفرنسي العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمي في النصوص . وعلى هذا النحو وقع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد في ردها إلى أقسام جامعة شاملة في نص خاص . فعمد ، نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة (١) ، ثم تناول العمل غير المشروع والإجراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التي تنشأ مباشرة من نص القانون (٢) » .

### ٣٢ - أساس علمي لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق

**بوجه عام :** تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإجراء بلا سبب والقانون . وهذا الترتيب تغلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمي الذي يرتكز عليه . فلا يمكن أن نقول إن هذه هي مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية .

(١) وسنرى أن الإرادة المنفردة ، إذا كان المشروع التهدي قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كالقيد والعمل غير المشروع والإجراء بلا سبب ، إلا أنها في المشروع النهائي ، ثم في التقنين الجديد ، لم تصبح مصدراً للالتزام إلا في حالات خاصة يمينها نص في القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التي مصدرها الإرادة المنفردة في القانون الجديد إنما هي التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر يقتضي نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التي تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣ هامش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقي ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي ينشئ الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تنشئ الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة - دائرة الحقوق الشخصية - بل هي تتناول أيضاً حقوق العينية ، بل تتجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هي تخلق في سماء القانون ، وتنشئ كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر مجرد فيحدث تعديلاً في العلاقات للقانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي تجمد فيه كل حركة . فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسميها « بالواقعة » . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » ( fait juridique ) . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ، بل هي من عمل الطبيعة . وقد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعني المدّين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصي عدد السنين اللازمة للملك بالتقدم .

والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويحاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً عن تعويض المالك . وإذا مشي دون حيلة فأنلف شيئاً وجب عليه أن يعرض عما أنلف . وإذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سبباً أو قدفاً يجعله مسؤولاً . وإذا جامل

الغير فقام ببعض شؤونهم فقد نجد نفسه مازماً بإتمام مبادئه ويكون دائماً هذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه في الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التي تترتب عليها في بعض الفروض ، ولكنه في أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هي أعمال إرادية . وزيد بالعمل الإرادي هنا عمل الإرادة المحضة تنجبه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمي أعمالاً قانونية (actes juridiques) نخبزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بجائزة (الجعالة) ، ويسمي بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (acte juridique bilatéral, contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels) أو اختيارية (faits volontaires) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية (actes matériels) أو أعمالاً قانونية (actes juridiques) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (actes unilatéraux) أو صادرة من الجانبين (actes bilatéraux, contrats) . والقانون من وراء كل ذلك محبط . فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

وبلاحظ في هذا الترتيب أننا ندرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

### ٣٣ - تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية : المعروف أن

أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

فإذا رتبنا هذه الأسباب على النجو الذي قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية ،

وهي الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتقدم . ومنها الأعمال المادية ، وهي الاستيلاء والالتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهي الوصية وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد (١) .

(١) وهذا الترتيب الذي توخيناه نظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق الميعة :

(الأولى) أنه يفسر بعض المسائل الفامضة . فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي شيء غير ذلك . كما يتناقشون في طبيعة الحيازة وهل هي حق عيني . ونحن لا نتردد في الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عيني أو حق شخصي ، بل هما واقتنان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أي منهما إنه حق عيني أو حق شخصي بالتقدير الذي لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصي . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائى الشفع أن يستعملوا الشفعة باسم مديهم .

والذى ضلل الناس في أمر الشفعة هو أنها تجمل الشفع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها في منزلة من له الحق في أن يتسلكها . وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك ، حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشيء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون للشخص حق عيني في الشيء . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع فهو أيضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص في أن يتملك ، أو كما يقول القرافي في الفروق « من انعقد له سبب المطالبة بالملك » ويفرق بين هذا وبين « من ملك أن يملك » (الفروق للقرافي المطبعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ — ص ٣١ — النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شعاعه فقرة ٣٢٢ ص ٢٦٥ وما بعدها) .

والفائلون بانتقال الشفعة إلى الورثة يعمون بذلك أن الحق في التملك بسبب الشفعة — وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل — ينتقل بالميراث ، ونظير ذلك أن ينتقل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلاً منه ، وسرى أن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة وأن الإيجاب يسقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبساً نشأ من عدم الدقة في تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فقد جرت الفقهاء على أن تعرف العمل المادى بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التى ترتب عليها ، أما العمل القانونى فواقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف تساءلنا أين إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ نضعهما طبقاً للتعريف المتقدم في الأعمال القانونية لأن القائم بهما يقصد ما يترتب عليهما من النتائج . ولكن =



### ٣٤ - تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام : ونطبق هذا الترتيب

العلمي على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والخصام الاجتماعي . لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى النافع .

== القول بهذا يغالب القبول ، فإن غير الممكن القديم بأن الاستيلاء والحيازة من الأعمال القانونية ، لذلك يخرجها بعض الفقهاء من دائرة هذه الأعمال بتعليقات مشكوك في وجاهتها (أنظر ديموج ١ ص ١٢ - ص ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والحيازة أعمال مادية . لذلك وجب أن يصح تعريب العمل المادى والعمل القانونى . فالأول هو عمل مادى يقع من الإنسان باختياره ، سواء أراد النتيجة القانونية التى ترتب عليه أو لم يرد . فالعمل الضار هو عمل مادى اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادى اختياري يريد صاحبه هذه النتائج ، والاتصاف والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التى قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريد بها . أما العمل القانونى فليس بعمل مادى ، بل هو إرادة محضة تنجبه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالذى يميز إذن بين العمل المادى والعمل القانونى ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا يقصد نتيجته القانونية ، والثانى يقصد منه هذه النتيجة ، ولكن المميز بين العاملين هو أن الأول مادى والثانى غير مادى أو هو مجرد إرادة تنجبه لإحداث أثر قانونى .

على أنه يمكن تغيير طائفة ثالثة من الوقائع القانونية فصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانونى ، كانت مركبة (complexe) . مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع الدين المشفوعة مع الشروع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، إعلان الشفع رغبتة في الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانونى . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادى بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية ، وعن عنصر مادى ، بإرادة المستولى في أن يملك في الحال ، وعن عنصر إرادى ، ولكن العنصر المادى هنا هو التغلب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الإداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على اقتضاء الدين ، وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإردى هـ

والأعمال القانونية إما. أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة .  
ومن ذلك نرى أن العقد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هي التي تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

**LE CONTRAT.**

## تمهيد

٣٥ - مسائل مملوكة : نعهد للكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

." .

### ١٥ - تعريف العقد

٣٦ - الاتفاق والعهدة : يتميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد .

فالانفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالانفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والانفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والانفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والانفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القارن المسمى الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتييه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

### ٣٧ - الأهمية التمييزية بين الاتفاق والعقد : ولازى أهمية للتمييز بين

الاتفاق والعقد . وتنفق في هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد بمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر .

وكان المشروع التمهيدى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإبطالى في المادة الأولى منه . وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (١) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعنى عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجازاة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (٢) .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

### ٣٨ - وجوب الاتفاق على إمرات أثر قانوني : والمهم في العقد أن

يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانونى المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملازمات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة ، في نطاق المجاملات الاجتماعية ، فيقبل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في اد.ش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الخامس وص ٩ في الخامس .

المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم ترتب على ذلك مسئولية في جانب من أخل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا انفتت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للزبيل ، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل في حصاد زرعه ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته ، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته ، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أي منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

### ٣٩- تحديد منطقة العقد: وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني

يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني . ولكن يجدر ألا تدعي هذه الاتفاقات عقوداً وإن

وقعت في نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .  
فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوى في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية ( actes subjectifs ) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة ( actes-règle, actes-condition ) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان ( contrats d'adhésion ) والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كمقد الشركة ، والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية ( contrats collectifs ) ، من منطقة العقد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

#### ٤٠ - المذهب الشخصي والمادى في العقد : سبق أن أشرنا إلى

مذهبين في الالتزام ، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان زارها أيضاً في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تذهب مذهباً شخصياً في العقد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة ( volonté interne ) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكتنفها في الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة ( volonté externe, déclaration de volonté ) ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في نوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده ، ما دام العقد ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوى عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعنى القانون بها وهو ينظم لروابط الاجتماعية . وقد ورد في هذا الموضوع بيان أو في فيما يلي .

## § ٢ - مبدأ سلطان الإرادة

(Autonomie de la Volonté)

### ٤١ - عرض عام للمبدأ : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة

لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، وخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية . فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتحدثون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . وما كان الفرد يعيش في المجتمع ، وما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها اختياراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشي مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يخيم القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يعمنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة .



فتجن نتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقري بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر في نصابه المعقول . ولا نزعج بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملاً في التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نغني أن هناك تطوراً في منحي التفكير الاجتماعي نفسه إلى مراحل توخياً للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتبع تطور نظريات ومذاهب .

## ٤٢- كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة: لم يعترف القانون الروماني في أي

عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين ( nudum pactum ) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً . لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب . فالعقد الشكلي كان عقداً بمجرد صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية أثبتت أن تطورت وتعدت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات . واقترب هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً ( causa civilis ) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية ( pactes prétoires ) والعقود الشرعية ( pactes légitimes ) . ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات .

وبقي العقد النقلي ( *contrat verbal* ) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ماتبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستغل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ - تأثير المبادئ الدينية وقانونه الكنسية : فكان المتعاقد إذا قسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص ، عد الخنث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى ( *actio ex nudo pacto* ) أمام الحاكم الكنسية .

٢ - إحياء القانون الروماني والتأثير به : ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة . وتوسعوا في تفسير تلك الروح ، وفهدوا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ - العوامل الاقتصادية : بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضي الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ - العوامل السياسية : وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ،

وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في القطرية والسذاجة .  
وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررأ .  
وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية  
وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ،  
وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته  
وتسبب هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام  
الفيزيوقراطيون (physiocrates) بتادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ،  
ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفتحت  
أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق  
المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمي يملبه المشرع . ومعنى هذا أن  
الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود  
لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب  
هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها رومو  
(Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social) ، فكانت  
حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك  
العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى  
المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس  
حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته .

٤٣ - مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ  
وصار دعامة تبني عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشي فيه المنطق  
القانوني أصبح يشتمل على أصليين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ،  
ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون  
مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات  
من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة  
تنجلي قوية في العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد  
بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه .

نظرية الاستراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . ولعقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسنرى ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبني على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردحما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن الملتزم ارتضاها في ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية منبئة على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي . وحقوق الأسرة مبينة على عقد الزواج أي على الإرادة . والميراث مبني على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجباري ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة ، فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة ، فالجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضي مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون هو إلا وليد الإرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشري ذاته ، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

ولا كما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذي يترتب علي الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاها الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزامه إنما بني على إرادته . فلا يصح أن نقيده من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين مادام قد ارتضي هذا الغبن . والعامل الذي يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائرة . وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئتين المتبادلين ، بل يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته ، فإذا التزم بشيء كان العمل أن يقوم بما التزم

به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق في التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعني بشيء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .  
والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

#### ٤٤ - انتطاص مبدأ سلطان الإرادة ( نغم المبرأ ) : إذا أرجعنا

انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ، وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فانعادهما حكماً يكفي مادام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة

الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤبره لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فحلجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسي شبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استنده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيها من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضي إرادة من صادر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله . بل أراد لتقيض من ذلك ، فيلزمه القانون وعماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسؤولية الجنون والطفل والأخذ بالمسؤولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعادلة . ومطابقة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأي هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك . بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي . وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة . بل الواقع من الأمر أن الميراث سق الوصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال . أرايت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج . فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لمصالح المجتمع ومصالح الأسرة . ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المحرم قد ارتضي توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة . وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المحرم فيها .

## ٤٥ - وضع الأمور في نصابها - إلى أي حد تسيطر الإرادة

على العقود : تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت

سبباً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبين أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي ترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لأشأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها . ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلاصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطي وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى في هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ثابتاً للطوائف والجماعات ، كما في الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها

الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها. وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs)، كمعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail)، وصالح أغاية لثلاثين مع المفلس، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية. كذلك توجد عقود على حرية الإرادة ترجع للاحتلال المتوازن بين القوى الاقتصادية والسياسية، كالعقود للعاملين للجانج الضعيف، كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان ودم ظروية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدريجاً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل الأفراد. ثم إن الإرادة وهي في دائر كل هذه العقود لا تزال حاضرة أيضاً لشكلية تطالبها بعض العقود حماية للمنعاق الذي يقدم على أمر خطير كما في الحياة والزمن الزمني. وهي تخضع كذلك لتواعد الشهر حياة للعبر حسن النية. وتخضع أحراراً للعقود الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الجانب السلبي.

هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر مبدئاً لسلطان الإرادة. فهو يعترف بالحدود الثلاثة، ولكن يحصره في دائرة معقولة. تتوازن فيها الإرادة مع المبدأ والواقع العام.

## ٢ - تقديم العقود

٤٦ - نفسيات مختلفات ذكر القانون المدني الفرنسي بعض تقسيمات العقود في غير اختصاص. والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع. لأن لم يرفض إلا ما كان له في القدم ولا الجديد (١). كذلك لم يرفض إلا ما كان له في القدم ولا الجديد (١). كذلك لم يرفض إلا ما كان له في القدم ولا الجديد (١).

ويمكن مسمي العقود عدة تقسيمات إذا نظر إليها من وجهات مختلفة. فاعقد من حيث الشكل إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel).

(١) ونرى في المذكرة الإنشائية المشروخ التبريد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد ورد في المشرع بعض تقسيمات العقد التي توجد في أكثر النصوص القانونية العامة ، لأن هذه التقسيمات هي التي وردت في المشرع ، وهناك بعض من الأقوال التي تقول في العبر المدنية . »  
« وهذه الأقوال هي : من ١١ في الفقه » .



وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé). وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte). وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synalagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral). وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit). وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire). وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif).

## ١ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

٤٧ - **العقد الرضائي** : هو ما يكفي في انعقاده راضي المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالراضي وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود في القانون الحديث رضائية ، كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طرفة ، بل تطور إليها تدرجاً . ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فإدام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات (ad probationem) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ - **العقد الشكلي** : هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل

من العقود الشكلية : الغرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر مايقدمون عليه من تعاقده . كما في الهبة والرهن (١) .

(١) وقد يكون العقد وصائياً في أصله فبمعنى المتعاقدين على أن يكون شكلياً ، أي أن الشكلية تكون واجبة فانفق المتعاقدين لا يحكم بقانون . مثل ذلك أن ينقض المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائي ، أن يكون التعاقد النهائي بالكتابة . أو بمقتضى شرط في عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فيكون الكتابة في مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العمل القانوني إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من شرط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكون العمل القانوني . وإذا دم شك في تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركناً شكلياً أو هي الطريق للاثبات ، فالقضاء في مصر وفرنسا ينسج من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الطرفين ، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان المبرور أن الله تعدين اشتراطاً لكتابة لاثبات لا للاعتماد لأن الأصل في العقود أن تكون وصائية . أنظر في هذا المبدأ محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — ولكن القضاء المصري لم يستقر على هذا المبدأ وسيبين ذلك فيما يلي — أنظر أيضاً في هذا المبدأ محكمة نفس الفرنسية في ٢٦ يولية سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — وحكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دلتور ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تعليق للميرى Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على نص في هذه المادة يرجح أن تكون الكتابة للاعتماد لا للاثبات . فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه : « إذا تعين المتعاقدان على أن يتوفى العقد شرطاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فمبرور عن التثبت منهم لم يقصد أن يلزموا إلا من الوقت الذي يتوفى فيه العقد الشكل ينقض عليه . » وقد جرى المشروع في ذلك على نهج كبير من تنقيحات الحدية ( قانون الألماني م ١٢٥ وم ١٥٤ فقرة ٢ — قانون الالتزامات السويسرى م ١٦ — القانون البولوى م ١٠٩ ) . وجه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إذا تعين المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدى أم كان بمقتضى شرط معين في عقد أصلي — كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التنبيه بالإخلاء في عقود الإيجار — فيفرض أن يتبناها فم انصرفت إلى ترتيب بطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هي دلالة القرينة التي تقيسها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يبدو بمجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس ( التقنين الألماني تعليلات ج ١ ص ١٣٦ ) . وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلاً يعاوى على تكليف جديد ، فيستلزم أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن يده منهم ( استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣ ) . أما فيما يتعلق بالشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأى بشأن دلالة الاتفاق عند التثبت . فمن يستلزم تعديل الشكل في هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مشروطاً بتهينة طريق للاثبات حسب ما قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز استصدار من يمسك بحصول الاتفاق بين المتعاقدين لينفذ من ذلك إلى المطالبة =

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية في القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلى . وتختلف الشكلى الحديثة عن الشكلى القديمة في أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، في أنها لا تكفى وحدها في تكوين العقد . فالشكلى الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهي ليست بكافية ، بل لابد أن تقرن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هي التى يقع عليها الشكل . أما الشكلى القديمة فكانت وحدها هي التى تكون العقد ، لذلك كان لا يجوز النظم فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفع الموضوعية . فالشكلى إذن كان هو العقد لا الإرادة (١) .

= بالمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما التهاى إلى وقت التوقيع على عقد يحرمه محاموها ما دام أن التوقيع لم يحصل ( ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١ ) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذى اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينس صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت في قضية أخرى بأن العقود الرضائية تتم بمجرد التراضى ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التماقد بمقد رسمى مع النص صراحة على انصراف نيتهما إلى تطبيق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود ( ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ ) . ولوح أن المحكمة قد جنحت في هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذى اختاره المشروع في المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتعدد القضاء في هذا الصدد . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التهيدى عندما تليت في لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستثناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص في المشروع التهاى (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ - ٧٤ في الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتعدد القضاء على ما نقول في المذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للاثبات لا للنقاد . والراجع في القضاء المصرى والفرنسى يؤيد هذا الرأى كما قدما .

(١) وبلاحظ أن كل عقد شكلى يكون التوكيل في عمله شكلياً أيضاً ( م ٧٠٠ من القانون المدنى الجديد ) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلى يكون شكلياً ( م ١٠١ فقرة ٢ ) ، وإجازة العقود الشكلى تكون شكلىة مثلها . ويتوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلى من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكلىة أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التهيدى يشمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :

١٥ - إذا فرض القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك . =

٤٩ — العقد العيني : هو عقد لا يتم بمجرد التراضي ، بل يجب تمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد في القانون المدني الجديد

== ٢٥ — إذا قرر القانون للعقد شكلا معيناً ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقضى التقيد الألماني ( المادة ١٢٥ ) والتفصيل السويسري ( المادتان ١١١ و ١٢٠ من قانون الالتزامات ) والتفصيل البرازيلي ( المادة ١٣٠ ) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذي يفرضه القانون له بئس من العطلان أصلاً ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد أثر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفاً مذهب التفصيل البولوني ( المادة ١١٠ ) في هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلاً خاصاً وأطلق الحكم بغير تعقيب . فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطاً لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لبيئة طريق الإثبات فحسب . فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة حتى باطلاً إذا لم يشترط فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . وبلا حظ أن معنى التعديل يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تتطوى على مثل هذا التعارض . فالإبقاء على ترميم منزل يبيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطاً تفصيلياً لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى العقد الأول من شروط أو نصوص جديدة ( ديك ومورلا : تعليقات على تفصيل الالتزامات السويسري ج ١ المادة ١٢ نبذة ٤ و ٥ ) ... وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلًا يطوى على تكميل جديد ، فيشترط أن ينص دوو الشأن على ذلك كتابة عن بيعة منهم ( استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ ) . « وعندما نلت المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ، رأيت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استناداً إلى أنه في الحالة التي يصرح فيها المشرع بالمهمة التي يريد بها الشكل الذي يفرضه للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفي الحالة التي لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضي دون الأخذ بقرية أخرى . ( أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٥ في المراسم ) .

وهي أيضاً كان من الجبر إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء في مبرنية المشرع في مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذي يفرضه القانون يكون عند الشك للائقاد لا للثبات . وما دام النص قد حذف . وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة في التفسير . وعندما أنه إذا عم الأمر ولم يبين القاضي — بعد أن يستنفد وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للائقاد أو للثبات ، فالأولى أن يكون الشكل للائقاد لا للثبات . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل في الشكل الذي يتفق عليه اللعاقدان — إن الأصل في العقد أن يكون رضائياً . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أنه نلم في بصر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بسونه إلا إذا بصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه =

مثل للعقد العيني إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من القانون المدني الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه . ففي عقود التأمين بشرط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح في هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن العينة هنا مصدرها الاتفاق لا القانون .

أما القانون المدني القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسي ، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة . وكلا القانونين ورث عينة هذه العقود الأربعة عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينة مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في بعض العقود ، وهذه هي العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضي ، كقاعدة عامة ، كافياً لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لأحلال التسليم محل الشكل . وقد قللت بعض التقنيات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى القانون الألماني منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسري إلا رهن الحيازة وحده .

## ٢ - العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ - **العقد المسمى** : هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوخه بين الناس في تعاملهم . والعقود المسماة في القانون الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإما أن

== كامل في أن يخلق الشكل الذي يريد ، ومتى فرض شكلاً ، ولم يتم دليل على أنه مقرر للآليات ، فالقروض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والشكلية التي لا تمارس مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التي تدخل على العقد المكتوب فعنصرية فتشترط الكتابة فيها ، مثلها أن يثنى التاجر والجار من كتابة عقد البيع على إتمام الثمن أو على زيادته .

تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال . وإما أن تنفع على العمل وهي المقلولة والزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين . ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الخيابة .

وبلاحظ أن العقد المسمى ، في غير النصصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود .

**٥١ - العقد غير المسمى :** هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي ترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود : شأنه في ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشير إلى ذلك ، فبمصر في المادة ١٢٣ على ما يأتي : « ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المقودة هنا ، وتقرر فوائذ التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسي الإصطالي . وليس يقصده إلى ترك يد الفقه والقضاء مطلقة في تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود غيب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وغني عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفریق بين العقود المسماة وغير المسماة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء » . وعندما نليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع النهائي هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في المامش) .

هذا وقد كان للمعقود غير المسماة في القانون الروماني شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بمعقود محصورة العدد ، بعضها رضائي ، وبعضها عيني ، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة المعقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي المعقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ - عقود يقوم فيها =

وتفاوتت التقنيات فيها تسمية من العقود ونفصل أحكامه . وقد كان القانون المدني القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضب اقتضاباً مغللاً تنظيم عقود المقاولات والعمل والحراسة . فعالج القانون الجديد هذه الأمور . ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كمقد النسر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد الزول في الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن يتفق على هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في إثبات الإرث (contrat de révélation de succession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يعجل له مبلغاً معيناً ومازاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة (١) .

== الطرف الأول ينقل حق عيني فينقل في جانب الطرف الآخر التزام ينقل حق عيني كذلك (do ut des) ، مثل ذلك المقايضة . ٢ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (do ut facias) ، مثل ذلك الحقة بعوس . ٣ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين حمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسم شخص حيازة شيء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) . ٤ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا ما عاها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة .

(١) أنظر قانون ١ من ٩٨ - ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المقعد الذي يهوى به شخص لأحد عايش المديرية قطعة أرض تغير معهد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو - ١٩٣٩ الهامة ٣٠ رقم ١٥٠٢٣٢) وقضت محكمة القضاء بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التبادلات متبادلة ، وإذا التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية لسيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها ==

### ٣ - العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ - **العقد البسيط** : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار . كما يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذي توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ - **العقد المختلط** : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة . ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . علي أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها . وذلك إذا توافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها . ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي . كما في عقد التليفون ، وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فغلب القضاء المصري فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات التليفونية (١) ، وكما في العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع في شأنه وجعله بيعاً .

== مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس بيع ولا قايضة ، وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت ليان البائع الذي حدا بصاحب الأرض إلى تعليق المجلس بإياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ م ١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ . المحاماة ٨ رقم ٢٦٠



## ٤ - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ - **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ - **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديبا غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائئا غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة . يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يقسم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يردده عينا ، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ « جانب واحد » (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لانكوته ، وإذا اقترن بالعمل القانوني يلحظ فيه تكوين العمل القانوني لأثره .

٥٦ - **أهمية هذا التقسيم** : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدي إلى نتائج هامة لازمة في العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتي :

(١) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ الضمني (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوماً في كل عقد ملزم للجانبين ( أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدني الجديد ) أما في العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا عمل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه

هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ،  
فبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول (١) .

(١) أصبح عقد الفرض وعقد العارية وعقد رهن الخيازة ، في القانون المدني الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رصائية ، وكانت عبئية في القانون القديم كما أسفها الذكر . فالتسليم لم يعد ركناً في هذه العقود ، بل هو التزام في ذمة المير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عبئية في القانون القديم ، كانت في رأينا مديرة للجانبين (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المير والمقرض والراهن كان — ولا يزال — مائزاً بترك العين في يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذي ينتهي فيه العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالتعاضد على الدين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفي عقد القرض يأثم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقرض بدفع القوائد المشروطة . فإذا أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة المسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة المسخ تنطبق على العقود الملزمة لحانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسابرة فقهاء آخرين في تسمية المسخ في هذه العقود بالإسقاط (déchéance) ، بل تبقى التسخ على طبيعته ، وتقتصر على العقود الزمة للجانبين ، ونجعله في الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصدها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في المسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة التزاماً لركناً . وذلك لأن كلا من المقرض والمير والراهن إذا مسح العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشيء إلى نهاية العقد .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأي (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبوسنتيت ص ٥٥ — ص ٦٦ والدكتور عبد المعطي خيال هامش فقرة ٥٢) . وتحصل اعتراضاتهم فيما يأتي :

(١) أن وصف الواجب السلي المفروض على المير بترك الشيء ينتفع بالعين العارية ، وعلى الراهن بترك المرفهين يستغل العين المرفهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على السكاته أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلي المفروض على المير وعلى الراهن يختلف اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلي المفروض على السكاته . فإن السكاته لا تربطهم علاقة شخصية بالسيد والمرفهين ، فواجبهم السلي في احترام حقها هو ذات واجبهم السلي في احترام أي حق آخر . أما المير والراهن فقد تربطهما علاقة شخصية بالسيد والمرفهين ، والفرق واضح بين التزامها الشخصي بعدم استرداد العين وواجبها السلي في احترام أي حق آخر لا تربطها بصاحبه علاقة شخصية .

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد . أن يتمتع عن تنفيذ التزامه . فإذا طوالب بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو ( أنظر المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد ) . وهذا مايسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد ( exceptio non adimpleti contractus ) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (risque) يكون على المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ ، وينقضي معه الالتزام المقابل له ، فينسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعة هذه الاستحالة . أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذي يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضي التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، ولا يعرض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئا لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذي تحمل التبعة .

---

(ب) أن تسليم العين المقود عليها يتضمن في الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شيء واحد ، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لا لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، نراه واضحا في عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألا فرق بين الماربة والإيجار إلا في الأجرة ، وهما نحن نرى المؤجر يلزم بتسليم العين المؤجرة ويترك المستأجر ينتفع بها إلى نهاية الإيجار (في القانون القديم) . فلماذا لا يلزم المبرر بتسليم العين الماربة ويترك المستعير ينتفع بها إلى نهاية الماربة !

(ج) إذا أمكن تصد الفسخ في هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترضان أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية المقد ، بمقابلة التزام بالمحافظة عليها .

(٤) في العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) للالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية في السبب ، وذلك لتقابل القائم مابين الالتزامين . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

#### ٥٧- العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagma

tique imparfait) وكان القانون الروماني يعرف نوعاً من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من اهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدوره سبب آخر : العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الروماني لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية في تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً أحرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود - سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد - يجب أن يتوافر في تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة في أن ننسب العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

## ٥ - عقد المعاوضة وعقد التبرع

### ٥٨ - عقد المعاوضة : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين

مقابلاً أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن فى مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع فى مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد فى مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة إلى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل فى مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول . لأنه أخذ كفالة فى مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطي دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطي المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

### ٥٩ - عقد التبرع : هو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً

أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلاً لأخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير فى مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير فى مقابل الانتفاع بالشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذى قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز فى عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقود التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله

لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل . ولذلك تحوط المشرع فاشترط في الهبة شكلاً خاصاً .

٦٠ — **الهيئة لهذا التبرع** : والتمييز بين عقد التبرع — تفضلاً كان أو هبة — وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والغارية — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتندرج من الضعيف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع . وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزاوعة .

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصة دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

## ٦ — العقد المحدد والعقد الاحتمالي

٦١ — **العقد المحدد** : هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . فبيع شيء معين بشئ معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ - **العقد الاحتمالي** : هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطي . ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بشمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطي لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بثمنه والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضاً كالبائع يباشر عقداً احتمالياً . فهو يعرف القدر الذي أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذي أعطي وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة (١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلي محدد واحتمالي لا يكون إلا في عقود المعاوضة ، وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ - **أهمية هذا التقسيم** : والتبيز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه أمران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال ( alea ) في المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود في الواقع ، وإن حسب المتعاقدان موجوداً ، فالعقد باطل ، كما إذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطي لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهي لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انقضاها والزرع قبل نباته بشن جزاء . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت الدفع . انتهى كما يعلم ما أخذ ( ١٨ ) أبريل سنة ١٩٤٨ الحاماة ٣١ رقم ١٣٥ من ( ٣٦٥ ) .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة في العقود الاحتمالية : لأن الأساس الذى بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالى يتحملة أحد المتعاقدين (١) .

## ٧ - العقد الفورى والعقد الزمنى (٢)

٦٤ - **العقد الفورى** : هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .  
فبيع شيء يسلم في الحال بثمن بدفع في الحال عقد فورى ، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم في الحال ، فهو عقد فورى التنفيذ .  
وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن (٣) . فالبيع بثمن مؤجل ، عند ما يحين وقت تنفيذه ، يكون فورى التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذى يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فورى التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عند ما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه .  
وقد يكون الأجل الذى يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما في الأمثلة

---

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون اللبناني ، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن . ويمكن حل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة في جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أى تعادل مع هذا الاحتمال في جانب المتعاقدين الآخر .

(٢) رجعنا في هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبد الحى حجازى ، عنوانها « نظرية عقد المدة - العقد المستمر والدورى التنفيذ » . القاهرة سنة ١٩٥٠ . وقد آثرنا أن نسمى « العقد الزمنى » ما سماه الدكتور عبد الحى حجازى « عقد المدة » . ولا يراد بالعقد الزمنى في مستهل تطوره الفقهى . ومن الخير أن يترك للفقه حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للإشارة إليه في أماكن أخرى منفردة .

(٣) وإذا كان قد روعى في الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة إلى أجل فيها ، فإن الزمن في هذه الحالة لا يتدخل إلا في تحديد الفوائد ، وهى في العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما في الفوائد ذاتها ، ولزمن عنصر جوهرى .



المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به محل العقود عليه ، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن - وهو أجل إجباري - لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجباري هنا كالأجل الاختياري هناك ، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به العقود عليه . ويكون عقد الاستصناع في المثل الذي قدمناه فوري التنفيذ عند ما يحين وقت تنفيذه ، أى بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد محل العقود عليه . ذلك أن محل العقد الفوري - أرضاً كان أو بناء أو عروصاً أو نقداً أو غير ذلك - إنما يمتد في المكان لا في الزمان ، أى أن له جرمًا إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زمني ، أو هو - كما يقول الدكتور عبد الحفي حجازي في رسالته المعروفة - حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمي بالعقد الفوري ، ولم يسم بالعقد المكاني ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له ، بل في نفي الزمان عنه .

٦٥ - **العقد الزمني** : هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته ، أى إلى الشيء الذي ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فمعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمني ، لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهري فيه إذ هو الذي يحدد مقدار محل العقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك

عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدته من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين الذي اتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن . فجعله يقاس ، كالمصلحة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فاعتود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعتود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعتود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر ( *contrat à exécution continue* ) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذي تنفيذ دوري ( *contrat à exécution périodique* ) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

## ٦٦ — أهمية هذا التقسيم : ترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهرية

هي أن المعتود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفوري فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويرتبط على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمني والعقد الفوري نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) الفسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفوري ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كنه وزوال جزء منه ، إذ تمنح آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفوري انتهاءه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمني تتقابل فيه الالتزامات تقابلاً تاماً ، لا في الوجود فحسب بل أيضاً في التنفيذ ، فإتم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها . أما في العقد الفوري فإن التقابل إذا كان تاماً في الوجود فهو غير تام في التنفيذ . ففي عقد البيع بشئ منقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود ، فليس من الضروري أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض في العقد الفوري في أكثر الأحوال . أما في العقد الزمني فالإعذار ليس بضروري إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة رتجي من الإعذار .

(٥) العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً (١) .

(١) وهناك تقسيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتي (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحة متعارضان ، وتتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تتجاوزهما إلى غيرهما . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تعاضداً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهي لا تلبث أن تزول في أهم مشتلاتها بانقضاء ملكية المبيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم فنل القبض من العقد الذاتي يوجد مركزاً قانونياً منظماً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين في الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائر ومدين ، بل لهما غاية متعددة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذي يسمون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء . يماثل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري في عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء بحسب ، بل هو أيضاً يسرى على الغير الذي يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجامع لتسيير (contrat collectif du travail) وهو يرمي إلى تنظيم القواعد التي تسيّر على عقود العمل الفردية بين العامل =

٦٧ - ترتيب البحث في العقد : الآن وقد فرغنا من التمهيد لتكلام في العقد ، ننتقل إلى البحث فيه . ورتب البحث على النحو الذي سار عليه القانون المدني الجديد ، فنتناول في فصول ثلاثة :

١ - أركان العقد .

٢ - آثار العقد .

٣ - انحلال العقد .

---

وبالمثل ، فينضم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك في العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كمقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يمتد أثرها إلى غير المتعاقدين كالشئى للعين المؤجرة . والوكالة وهي عقد ذاتي يمتد أثرها هي أيضاً إلى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . والشركاء في عقد الشركة ، التي هي اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم تدرك السبب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ دينيه في الفقه الإداري ، لم يسد في الفقه المدني .

## الفصل الأول

### أركان العقد

٦٨ - **مصر أركان العقد:** العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فلعقد إذن ركنان : التراضى والسبب (١) .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاء الشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

- ١ - التراضى .
- ٢ - المحل .
- ٣ - السبب .
- ٤ - البطلان .

## الفرع الأول

### التراضى

٦٩ - **وهو التراضى وصحته :** يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفى لوجود العقد ، فإنه لا يكفى

---

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . فى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

لصحته. بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين  
فنبحث إذن :

١ - وجود التراضي .

٢ - صحة التراضي .

## المبحث الأول

### وجود التراضي

٧٠ - **التراضي هو تطابق إرادتين** : نصت المادة ٨٩ من القانون  
المدني الجديد على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع  
مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد . » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ٩٣٠ منه على الوجه  
الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون  
أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد  
ما يأتي : « قطع المشروع يشار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم  
يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا  
القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة  
الظاهرة انحيازاً تاماً - والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد  
سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة  
الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا المدول .  
ولما تبلى النص الذي نحن بصدده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ،  
فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر  
القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وقد أصبح مفهومنا بهذا التعديل أن اشتراط  
أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يثنى عن تطابق الإرادتين . ثم قسمت المادة بالنص الآتي : « يتم  
العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق  
ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت  
رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي  
بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . ( آخر في  
كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ - س ٢٢٣ ) .

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين (١) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

## ٧١ - أثر الإرادة (أو العمل القانوني) : والإرادة بهذا

التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطوق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

## ٧٢ - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني : ويعيننا هنا وجود

الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية لإحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويتربط على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في المحاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

(١) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين متعاقبان ولا تتعاصران : فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المراهنين المبالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وفي التالية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوّه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاني تبينين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل » . ( مجموعة الأعمال المصغرة ٢ ص ١٠ ) .

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقرنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني (١) .

(١) وقد قضت محكمة النفس بأن المقصود بالإرادة التصريح هو كونه التصرف بمجرد العقل معنى التصرف وبقصده ، والفرض من كونه بمجرد العقل معنى التصرف أن يكون مدركاً منهيةً عند التزامه به ، أما كونه بقصده ولعرض منه بيان ألا بد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني ( وكان التصرف وقت تحرير العقد مريضاً مرضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار ) (تقاضى مدنى فى ٨ مارس سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ س ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذفوا في المشروع النهائي . وكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيوبة أو وهو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتاً ، بحيث يكون هذا الشخص قد التهمى » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكتفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استندت فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيوبة والسكر والتخوم المصابين ( أنظر التقنين الألماني تعليقات ١ ص ١٠٣ ) . ويفرق القانون الأنجلو ساسي بين التصرفات التي تنفذ بإرادة مفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سبباً لبطالان الأول دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى معالاة هذا القانون في الحرص على استقرار المعاملات ( جنكس م ٦٤ و ٦٩ - وولستون ١ ص ١١١ ) » . ولما تبنت المادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً بخيرد أن صاحبه قد أصر غير ما أصر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فورها أمر البحث في التماثلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم يتطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فأيها يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سنداً قوياً في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعدد اعتداداً بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بترعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهني التعلق بهذا التعبير ، فلا عمل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يصد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إثبات المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني ( استئناف غنط ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١٤٢ ) » . ولما تبنت المادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقترح حذفها « لأن فيها إمعاناً في الدقة لا حاجة لنا به » ، فوافقت اللجنة على ذلك .

( أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ - ص ٣٠ في الخامس ) .



٧٣ — كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العربون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعربون .

## المطلب الأول

### التعبير عن الإرادة

٧٤ — تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فتكلم : (أولاً) فى التعبير الصادر من الأصيل ، و(ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد .

### § ١ — التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ — الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها .  
أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى يتعقد به العزم على شىء معين (١) .

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها إعلان تحضيران وبليها عمل تنفيذى . فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلى ذلك مرحلة التدبر (délibration) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى إتمام المزمعة فى هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هى الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهى مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هى عمل خارجى ، أما المراحل الثلاث الأولى فهى مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هى الإرادة المقصودة .

وتعبر علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شىء سابق ، ولا تثبت بالتفويض ، وهو شىء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة فى علم النفس لاتسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى ، =

وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

**٧٦ - التعبير الصريح والتعبير الضمني :** نصت المادة ٩٠ من انقانون المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود » .

« ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً (١) » .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادى المحسوس - يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً .

= وهو بطبيعة عمل معقد، يمر على مراحل متتالية بعضها عن بعض تبدأ به كل هذا الوضع . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلا ، كقصة نطق في بحر ، فتخرج بالقاء ، فتؤثر فيه ، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا ير فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادى ، فيستخلص أسباباً للاندفاع على العمل وأخرى للاجتماع عنه ، فإن العمل النفسى أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لنا يتبع التعليل التقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكماً لا تعقب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنها ، وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تفكير وتخييل وتبصر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٤) على الوجه الآتى :

« ١ - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكاً فيما يشتمل عليه هذا التعبير .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تبليت المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأيت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأى في جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٤ و ١٥ و ١٦ ص ١٩) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى اتخذه - كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدى اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤدىها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع . مكتوبة باليد أو بالآلة الكتابة أو بالآلة الطباعة أو بأية طريقة أخرى . أصلاً كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً . فإشارة الأخرس غير المهتمة بتعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهمز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تندع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبغ الحلوى أو لتوزيع ضوايح البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شيء

(١) وقد كان المشروع التوسيعى يشتمل على النص الآنى (م) ١٣٤ من المشروع) :  
١١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسماء الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بمروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند ذلك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض . فافترض حرب هذا النص فى لجنة المرجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى المامش) .

(٢) وقد يكون الحكم تعبيراً صريحاً عن القبول . كما يجب . فافترض حكم المحكمة للنقض - الدائرة المدنية - فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استندت المحكمة فى القرار إليه قبولاً ضمناً من سكرته عن الرد على ما تضمنته الإنذار .

ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعد بالبيع يرتب حقاً على العين الموعد بيعها (١) . وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها : وكمدبر ملعب يعدل للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (٢) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً : في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه

(١) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استغلصت محكمة النقض عدول الموعد بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أميناً تشمل العين الموعد بيعها (نقض مدني ٦ يولية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ من ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضنياً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه ، وقالت في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان كل ما قاله المحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله المحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيد أنها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح » . (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ من ٥٩٠) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أى التعبير الذي يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبر الضمني هو التعبير غير المباشر — أى التعبير الذي لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا ترى أن هناك فرقا محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف في التعبير هو التعبير المباشر . والأسلوب غير المألوف في التعبير هو التعبير غير المباشر . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويراعى أن الفارق العملي بين هذين المبرزين ضئيل إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المألوف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شيء فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعى ، تاركاً أمر البحث عن المييار السليم لاجتهاد الثقة والقضاء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٥) .

الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استوفى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلية نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧) (١) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفى هذه الأحوال تنفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا فى الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (٢) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى كان معمولاً به قضاء دون نص فى ظل القانون القديم (٣) .

(١) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلاً اتفاقاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ وم ٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لا تفترض (أنظر م ٢٧٩ وم ٣٥٤ وم ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون نصير الإرادة نفسياً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفى جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن يجب الحيلة والتشدد فى استخلاص التعبير الضمنى .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٤٨ فى الماش .

(٣) وقد جرى القضاء المصرى على الاعتداد بالتعبير الضمنى عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ - وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلماً معيناً أو ضرباً من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحاً عن الإرادة (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

## ٧٧- الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (\*) - تمهيد: إذا لم تختلف

الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فبيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الإثنان متطابقتين . أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها . تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظرتيهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) . والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

## ٧٨- نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهي تبحث عن

الإرادة فيما تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل لإثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم . فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً . وإلا فالإرادة المفترضة .

## (\*) بعض المراجع الرئيسية : سالى الإعلان عن الإرادة - بنكاز نكلمة بودرى

جزء ٢ - ديموج في الالتزامات جزء أول - بلانبول وريبير وإسبان جزء أول - ديرييه (Dereux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضاً مقالاً له في مجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ - مقال الأستاذ ميال (Meynial) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ - ص ٥٧٣ - مقال الأستاذ هوريو (Huauriou) والأستاذ جيلوم دى ميزان (Guillaume de Bezin) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإدارى الفرنسى في مجلة القانون المدنى فصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ - ص ٥٨٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها - أصول الالتزامات للدكتور حليمي يهجت بدوى بك ص ٨٢ وما بعدها - نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك ص ٧٠ وما بعدها .

ولكنها - حقيقية أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة :  
الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش  
ولا بإكراه ولا بغلط .

#### ٧٩ - نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration

de volonté) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث  
فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا  
من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في  
القانون . فهي شيء كامن في النفس . والإرادة التي تنتج أثراً هي  
الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ  
الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ  
هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ،  
دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة  
اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسى .  
فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم في المظهر  
المادى لها ، وهو ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة  
لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من  
طريق التعبير عنها ، فلا يحتاج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى  
على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه  
النية (١) .

(١) وقد تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة .  
وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من القروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل  
شخص طرقاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ،  
ولا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع  
هذا المعنى . وأنظر أيضاً بولوك في المقد طبعة تاسعة م ٥ - م ٦ - وولستن في المقد  
جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الصيغة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن الدبرة بالمعنى أى بالإرادة الحقيقية للمتقدين ،  
إلا أن الفقهاء في كثير من القروض يفتون عند المعنى الظاهرة من الألفاظ التي استعملها  
المتقدين ، فلا يعمدونها إلى المعنى السكينة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق  
للعن عبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تضمنته هذه العبارات من المعنى ، =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً - ساً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً . وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة بمظهر من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل تنسي . بل تبرز إلى العالم المادى في علامة ظاهرة . هي التى تنف عندها . وتقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك لانفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولحكمهم يذهبون إلى مدى أبعد . ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصلى للإرادة . فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية . فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر . ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته (١) .

== وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم ورأينا استساكا بالغف ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهم جد وهزلهم جد ، أى أن الإرادة الظاهرة تغلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والمناق ( التلويح والتوضيح جزء ٢ من ٧٨٧ - من ٧٨٩ ) .

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مفصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحدث أثرها القانونى (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحدث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلّم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويتنب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعنى به فى التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجى لتحدث أثرها القانونى ( أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المشروع التمهيدى وقد مر ذكرهما . وانظر فى هذا المعنى فون تور Von Tuhr من ١٣٢ - سالى فى إعلان الإرادة من ٢ - رسالة الدكتور الشيفى المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد من ٦٤ هاشم رقم ٣ ) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، ولإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، =



٨٠ - موقف القانون الجديد : وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يحدد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل ترحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل . على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

٨١ - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره : والتعبير عن الإرادة - سواء كان صريحاً أو ضمنياً . وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : «ينتج

= بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ - رسالة الدكتور الشبي المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهي لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقبلما يستطاع إثبات ذلك . وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاص دون جزاء ، بل يرب عليه الحق في التعويض ، على أساس السولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدآن لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تحته سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المؤلف في التعامل . (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النفس ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى - وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير العقد .

التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (١) ، ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالعبر يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه . ولكنه ولا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٥) على الوجه الآتي :

١ - ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل به إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه . ٢ - إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو في الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يحظر الضرب الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا انتهت في الإخطار اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر . ولما تولى النص في لجنة الترجمة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعاً لأنها تقرر حكماً تفصيلاً لا يحسن أن يقرر بمسئولية ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المادة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بعلم ، ولكن لما كان من أمراً معبراً للإنسان فيجب أن يؤخذ البوصلة قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً ، على أن تكون هذه القرينة ذلة لإثبات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يتصل به إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، ورأت الأعلى حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها وأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٩ - ص ٢٨ ) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري أخيراً بزم من قبل - وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لمعاد القانون المصري نفسه - سار على نهج القانون المصري في العالية النص من نصوصه وأحكامه . ومن المرفوف النادرة ما بين القانونيين أن القانون السوري لم يقل عن القانون المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر لإنجازه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويبرز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين العائنين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (م ٩٨ من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (م ٩٧ من القانون المصري) . وبدأت تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين العائنين .

القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب . ومنى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه . وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب انقضى أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه . هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذى لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه . ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سبأتى الكلام فيها . ومن ذلك يبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى . أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم التى سنراها فى التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) .

(١) لم تورد الذكر الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى (وهى القابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى يناه فى النص . فهى قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجوداً ووجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يمتشى مع المشروع التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) . وهذا ماورد فى المذكرة الإيضاحية فى صدد المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى : «تناول هذه المادة تعييناً فى التى =

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ - الموت وفقد الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :  
وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي . فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا بفقده لأهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فإن ذلك لا يمنع من

---

= يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز السدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً قائماً لا يتأثر وجوده بوفاء من صدر منه أو بفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة الزوم له تفرعاً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ - ص ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائي ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، وحذف المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يدخل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

فرتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (١) .

وقد كان القضاء المصرى فى ظل القانون القديم يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقدته لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (٢) . ويرجع هذا فى رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة فى النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك فى أن حكم القانون الجديد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل . » ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يفظ إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجهه إليه التعبير أو فقدته لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذى استقر فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون الدنى لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء فى تقريرها ما يأتى : « اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى : « ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجهه إليه ، لأن نص المشروع فى هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصاغ لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارىء . هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقدته لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم ، بل الفقه والنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح . » وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التجميعية ٢ من ٢٩ - من ٣٥) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ مارس سنة ١٩٣٠ الحاماة ٤ من ٤٤٩ - محكمة طائفا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ من ٣٠٥ - وكانت المادتان ٧٢/٥٠ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ فى عقد الهبة فتتصان على ما يأتى : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقده أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

ويبدو أن القانون التورى الجديد - وقد سبقت الإشارة إليه - اختار مذهب القانون المدنى القديم ، فلم ينقل عن القانون المدنى الجديد نص مادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده لأهليته .

في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة . قبلها الآخر . ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعنى بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد . وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذى يتفق مع استقرار التعامل . فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار (١) .

ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التى تنظم بها الورثة يعقود مورثهم (٢) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات . أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً . كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل (٣) .

(١) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المشروع التهيدى . لأمكن نقول أيضاً بتمام العقد في الفرص الآتى : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا الفرص إذا لم يعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره . وعلى هذا الأساس الأخير سارت للذكر الإيضاحية للمشروع التهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع .

(٢) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعى . سواء القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immediat) .

(٣) وقد سارت للذكر الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التهيدى (وهى التى تقابل المادة ٩٢ من القانون الجديد) على الأساس الذى سارت عليه في المادة السابقة ، واعتبرت أن عدم سقوط التعبر لمات أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منسقة لسكون الإيجاب ملزماً ، وليس

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (١) .

وفي هذا الصدد ما يأتي : « يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يقطع بموت من صدر منه أو بفقد أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية لازوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليه قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه » .

وهذا التعليل إذا صلح في قانون ينص الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، فهو لا يصلح تعليل في قانون لا يعتبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً ، إذ قالت : « ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يأنر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق المدول ينتقل إلى وريثة الشخص أو ممثله إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير » . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى وريثة الشخص أو ممثله إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية مد وصول التعبير ، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذي نبأه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذي رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول . وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من البدء القاضي بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته يقطع بخط التعبير ، فكانت للمادتان ٧٣/٥١ من هذا القانون تنصان على أنه « يسوغ أن يحصل قبول الهبة من وريثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه » . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائي إذ لانس عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يقطع بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويتربط على الجمع بينهما ما يأتي : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائماً ، ومعنى وصل إلى علم الموجب ثم المقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

## § ٢ - النيابة في التعاقد (\*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ - **تمهيد :** التعبير الصادر من النائب - من حيث إنه تعبير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته . كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو (١) .

\* **بعض المراجع الرئيسية :** ديوج في الاتراعات ١ ص ٨٩ - ص ١٥٥ - بلانيول ورييه وإسمان ١ ص ٥٤ - ص ٦٧ - ييلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ - أودينو (Audinot) في النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - كورسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - بولاند (Roland) رسالة من لييج سنة ١٩٢٧ - بوبسكو رامنسيانو (Bobesco Hamnicéano) رسالة في النيابة في القانون القارن سنة ١٩٢٧ - كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع القارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها - الترجمة الفرنسية للقانون الألماني الجزء الأول ص ٣٠١ - ص ٢٤٢ - نظرية العقد لتؤلّف ص ٣٠٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ٧٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً مصغراً معقولاً ، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستحى على فكرة النيابة ، ولم تسلّم بها إلا تدرجاً وفي حدود معينة .

كان القانون الروماني يعترف من قديم بنبابة الابن والمبد عن رب الأسرة ، ولكن في جعله دائماً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنبابتهما في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ، ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والمبد فلم يكن له أن يوب عن غيره من لا يخضع لسلطته لا دائماً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، وله تسكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون مناصر لغير دعوى قبل الموكل مع استيفاء دعواه الأنابية قبل الوكيل . فالم يكن النائب وكيلاً بحكم القانون كالوصى والغير ، فقد كان يعطى دعماً لدعوى الغير ، وفي =



والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولي والوصي والقيم والسنديك والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة (١) .

والفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقصد شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ،

== هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أي أن يصبح الشخص دائناً بأكمل ، فهذا ما لم يتم في القانون الروماني إلا في حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقي الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدي بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (أنظر جريار ص ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ - وانظر في القانون الفرنسي القديم برسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم المقعد إلى الموكل ، أما حقوق المقعد فتجع إلى الوكيل ، وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم . والشافعي يرجع حكم المقعد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص ٣٣ - ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يرضى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما في الولي ، فإن القانون هو الذي يعين الأولياء . وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائي ، فإن جبهة قضائية هي التي تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما في الوكيل ، فإن المقعد هو الذي يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذي يرضى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعني الأول ونيابة قضائية بالمعني الثاني .

وقد كان المشروع التهديد يشتمل على نصين حذف من المشروع النهائي لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التهديد تنص على ما يأتي : «يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «١ - النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ - يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذي يحدد تلك السلطة» . (أنظر في هذا وفي المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٩٠ - ٩١) .

وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها . إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو (١) . والخصوصية في التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته

(١) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصل ، كان رسولاً في حدود هذه التعليمات ونائباً في خارج هذه الحدود (أنظر في هذا المسمى بلانويو وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) .

ويذهب الدكتور حلمي بهجت بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففي الأولى تشترك إرادة الأصل والنائب في إتمام العقد ، ونتيجة هذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتها في إتمام العقد . أما في النيابة القانونية ولتعدد ينقصد بإرادة النائب وحده ، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصل (الدكتور حلمي بهجت بدوى ص ٧٩ - ٨٠ - وأنظر في النظريات المختلفة التى تقول باشتراك إرادتي النائب والأصل في إبرام العقد ديموج ١ ص ١٤٧ - ١٥٠) .

وأنظر أيضاً في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصل عن طريق الافتراض القانوني (fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولاً كما يقول ساشي ، أو أن إرادة النائب تعمل على إرادة الأصل كما يقول إهرنغ ، أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصل كما يقول مينيس (Mittens) ، إلى رسالة حديثة في النيابة وأدور الذى تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلودير (Jean Clodier) (أنظر الرسالة للفقهاء ١٩٤٩ ص ١٤٧ - ١٦٥) . ويذهب الدكتور كلودير صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصل ، هي التى تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما التى تخلى الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام ودعة الأصل فهي إرادة الأصل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية (أنظر الرسالة للتقدمة الذكر ص ١٦٧ - ١٧٨) . وأنظر في رأى الأستاذ بولانجييه (Boulanger) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو إنشاء إرادة النائب تعمل على إرادة الأصل ، إلى المندمة التى وضعها الأستاذ بولانجييه للرسالة المذكورة .

ويشير الدكتور كلودير في رسالته (ص ١٣٧ - ص ١٤٠ و ٢٢٣) إلى جواز أن تكون النيابة في عمل مادي (fait matériel) لا في عمل قانوني (acte juridique) ، ويضرب مثلاً لذلك نيابة التاجر عن التبع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه الثاني ، وتنشوع في هذه الحالة يكون مشولاً عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا في الأعمال القانونية حسب بل وفي الأعمال المادية (أنظر في هذا المسمى شيروني (Chironi) في المشولية اللاعقدية جزء أول فقرة ١٥٦ وما بعدها - مازو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، أو نيابة في العمل كنيابة التاجر عن التبع ونيابة المضمون عن رب العمل إذا كان العمل الذى قام به المضمون عملاً مدنياً .

هو أن هذا التعبير ينتج أثره لاق شخص صاحبه كما هو الحال في كل تعبير عن الإرادة ، بل في شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد فتحل إرادته محل إرادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو في الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد لها بالذكر .

فتتكمّل إذن في مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

### ١ - شروط تحقق النيابة

٨٤ - **مصرفه الشروط :** حتى تكون هناك نيابة يجب :

- (أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .
- (ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .
- (ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

**الشرط الأول - ملوإ إرادة النائب محل إرادة الأصيل :**

٨٥ - **النائب والرسول :** نقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه . ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التي تلحق هذه الإرادة . أما في الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ - العبرة بإرادة النائب وبنيته : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفي لتحقيق النيابة . بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثر في صحة العقد إذا وقعا من الأصل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الأصل . وذلك في الأحوال التي يترتب فيها القانون أثر على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين مصر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة . أما إذا كان النائب سيئ النية وتواطأ مع المدين المعسر . فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصل حسن النية .

وقد بنظر في بعض الفروض إلى نية الأصل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك . فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد يتعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصل ، على أن إرادة الأصل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (١) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة ١٠٤ على ما يأتي :

(١) تارن ديموج ١ فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلمي بهجت يدوى ص ٧٩ - ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ - ص ٩٤ .

١- إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أوفى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حكماً .

٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجعل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حكماً أن يعلمها (١) .

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص . ولكن القضاء والفقه في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : « يكون شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسح في بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٧ بالنسبة الآتي : ١٥ - إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجعل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتي : « عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى فأستعض عن التعبير ، « بوجوب العلم بها » بالتعبير « بافتراض العلم بها حكماً » ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلاً يمتشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى » . وأصبح رقم المادة : ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي و هذا التصدد ما يأتي : « ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد فيجب ما يلائمها من ظروف ، فيجب أن ينافي الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد ، فإذا ائترع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الأصل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يخص بالظروف التي تؤثر في آثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصل ، وعلى ذلك يجوز أن يطن بالدعوى البوليصة في بيع صادر من مدين مسر ترواطاً مع نائب المشتري ولو أن الأصل ظل بمنزلة عن هذا التواؤ » . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ص ٩٤) .

مصر كان يعاملان دون نص يقتضيان هذه الأحكام (١) .

## ٨٧ - أما الأهلية فينظر فيها للأصيل : ولا يتخذ من أن النائب إنما

يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن لأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان يعتقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل . فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد (٢) .

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل . فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن يتوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف (٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة . فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٤) .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ و ١٧٠ س ٢٧٧ - قضية العقد للوئله فقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ س ١٦١ . والعمدة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فهو أن الأصيل لم يكن أهلاً هذا العقد وقت إعطاء التوكيل . وكان أهلاً له وقت مباثرة الوكيل للمنفعة ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباثرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للأهلية المحجور عليه أن يكون وكيلًا عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ س ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل بطلان العقد ، ويصح أن ينتقل إلى فضولي إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد ، في صدد توافر الأهلية في الأصيل دون النائب ، ما يأتي : « وعلى قاضي - تقدم يعتد في الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً للمنفعة بالأصالة ، صح انعقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة ، فإدام النائب غير أهل لمقدمها ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للبطالان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٩٢) .

هو الذى أضفى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل .  
فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً — مميزاً أو غير مميز — كما يجوز أن يطلب من  
النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا فى الوصاية والقوامة .

**الشرط الثانى — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنياية :**

**٨٨ — مجاوزة النائب لحدود نيابته :** وإذا كان النائب يعبر عن إرادته  
هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى  
الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة  
ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى  
تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت  
لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته .  
مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين  
ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل  
عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد  
النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى  
هذا السند (١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يغول للغير أن يطلب من النائب صورة من  
سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانيته من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «ولن يتعاقد  
مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بمقتد مكتوب فله أن يحصل منه  
على صورة مطابقة للأصل لتحمل توقيعه » . وبقي هذا النص فى المشروع النهائى وفى المشروع  
الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ قررت هذه  
اللجنة حذفه ، «إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ،  
فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما  
أن هذه المادة مقابلة فى القانون الحالى وهى المادة ٥١٨ مدنى — وكانت المادتان ١٨/٥١٨ و ٦٣٤  
من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند  
التوكيل — ولا تين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتعاقد مع  
نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحسكة فى معاملته ، فقد يكتفى بسند عرفى ،  
وقد يصير على طلب سند رسمى ، وقد بصرف النظر عن هذا وذلك ، فالمرجع فى هذا الخصوص  
إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير » . وجاء فى تقرير اللجنة : «حذفت الفقرة الثانية من  
هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، فى القواعد العامة ما يفتى عن النص عليها » . ووافى

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه مجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه وإذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه (١) . مثل ذلك أن يعزل الأصل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصل . و(النص الثانى) ورد فى عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتى : « ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق

= مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ، ص ٩٥ - ص ٩٧) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للنس المحذوف ما يأتى : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويتولى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد معه النائب مجهول هو أيضاً أن النيابة قد انقضت » . ولما عرست المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة « ينصرف إلى الأصل » بعبارة « يضاف إلى الأصل » ، وأصبح رقم المادة ١١٠ فى المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذى استقرت عليه فى القانون حتى يكون المعنى أوضح دون ماس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة - هذا ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان مجهول موت الأصل أو إلغاء التوكيل . فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقد ملزماً للأصل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبنى المعاملات من أسباب التفتت والاستقرار » . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٤) .



على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة (١) .

٨٩ - إقرار الأصل لمزيد المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصل العمل المجاوز لحدود النيابة . فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (٢).

### الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصل :

٩٠ - الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل : وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

(١) ويلاحظ أنه في الفرضين الأولين - النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب - ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون تقاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض . أما في الفرضين الآخرين - جهل النائب والغير لاختفاء النيابة والظروف التي يطلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل - فتقاذ عمل النائب في حق الأصل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

(٢) فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة . على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست مستعزة ، بل هي منقطة على شرط مؤقت هو أن يصدر إقرار من الموكل .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً . فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل ، دائماً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » (١) .

**٩١ - التعاقد باسم الأصل :** فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها . أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه في محل هذا المخدم ، وكالخدام يتعاقد عن سيده . وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . والتعاقد باسم الأصل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصل . ولكن الغير يتعامل معه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، ولا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة « إلا إذا كان يستفاد من الظروف » بعبارة « إلا إذا كان من المفروض حتماً » ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٨ - ص ١٠١) .

واظفر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٣ و ٢ من قانون الالتزامات السويسري . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استحدثت المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسري حكماً عاماً يضاف أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو النسخير ، وهي التي تنقضي بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المخير ، فلا تطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يحمل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٦) .

هنا ويلاحظ أن الفصول ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر يصر إلى هو لا إلى رب العمل ، فليبدأ بالتقدم للذكر .

في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه : ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل : أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

## ب - آثار النيابة

٩٢ - المعرفة فيما بين النائب والغير : النائب يعمل باسم الأصيل كما كما قدمنا ، فآثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبت له في إبراهيم . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مستولاً عن هذا التقصير : إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ - المعرفة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ - المعرفة فيما بين الأصيل والغير . تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة . انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل . فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » . (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٢ - ولئن تعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة =

فيكسب الأصل الحقوق التي تولدت له من العقد ، وبطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصل .

### ج - تعاقد الشخص مع نفسه

٩٥ - نظرة عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص

للاصل تحمل توقيعه . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها ١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٧) .

واقترح أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى التقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأمر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

\* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ - فقرة ٧٤ - ديموج ١ فقرة

٤ - فقرة ٨٨ - جوجيه في تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٤٠ - موزيل في الوكيل بالعمولة كطرف آخر في العقد ، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ - فاليارسكو في تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ١٨٩١ م ص ٢٣٩ - ص ٢٤٢ - فيغورونو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المختار ص ٥٠٤ - ص ٥٢٤ - نظرية العقد للزائف ص ٢٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ١٢٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩٧ وما بعدها .

وقد حلت محل إرادتين (١) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحت في فروض معينة ، والشرائع التي أباحت حرمة في ظروف استثنائية ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خصوصاً لتنفيذه الحياة العملية . أن تقرب الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

## ٩٦ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون

القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فترجع الفقه إلى الاجتهاد ، ويميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تنفي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فيقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عند حقيق توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يتطوّل إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنجاً أمراً (ديوج ١ فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (أنظر رأياً آخر للدكتور حلي بهجت بدوي يسمى فيه مع رأيه الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذ أدت نيابة الثانية ، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة ذموية في مؤلفه أصول الالتزامات ص ١٢٤ - ص ١٢٥) .

هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره. فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود . أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فيجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية (١).

**٩٧ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد :** أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » . (٢)

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز . سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لنفسه (٣) ،

(١) نظرية العقد المؤلف من ٢٣١ - ٢٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦١ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مائلاً لنص المادة ١٠٨ ، وقدمته تحت رقم ١١١ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحتاج بالمقد على الأصل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق ينفي عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، وإنما أن يكون الشخص وكيلاً عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن غيره فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ - ١٠٨) .

وانظر في هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسي الإبطال .

(٣) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه صراحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة ٧٩ : «على أنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المراءى العلني ما يربط به بيعه بموجب هذه =

أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشتره لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصليين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين (١).

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأى وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة : ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في - الأصل إلا إذا أجازته . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

== النيابة . ما لم يكن ذلك بإذن القبضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه « لا يجوز للساسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . ( ويلاحظ هنا أن الساسار والحبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد الملة ) . وجاء في المادة ٤٨١ : « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا العدد ما يأتي : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتيه : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ - ص ١٠٦ ) .

(٢) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « ولهذه الملة اعتبر نائداً الشخص مع نفسه قابلاً للإعلان لمصلحة الأصل ... ومن الواضح أن الإعلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦ ) .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن يتنقضا وأن يرخص مقبلاً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفه الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بمجاوز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد في المادة ٢٠ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر - ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه - وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو ييسر الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات (١) . ومثل ما تنقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري (٢) .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتمس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

## المطلب الثاني

### نوافذ الادوات

٩٨ - التمييز هاتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقه والقضاء . وهذا

(١) وقد قضى قانون المحاكم الحسبية بأن تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تنازل مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تنازل مصالح التصرف بعضها مع بعض (١٢م) . كما قضى بأنه « إذا تنازلت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من عتله الوصي ، ولم يبلغ هذا التنازل مبلغاً يغنى عنه على أموال القاصر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ١٦ ، ففي هذه الحالة يتم المحسنة وصياً خاصاً » . ويجوز كذلك تعيين وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (١٧م) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن تنقضي بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري » . (شريعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .



بخلاف التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني وتفتين الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإبطائي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية : نسج على منوالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول . سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدان مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

#### ١٤ - المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ - الإيجاب والقبول . تقدم أنه لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين : يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فتتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة في القبول .

#### ١ - صدور الإيجاب

##### المراحل التي يمر بها الإيجاب :

١٠٠ - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات (١) قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن يضع إعلاناً ينبيء أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية التعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية التعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على

---

(١) هناك عقود تم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق تفاوض في الحياة التجارية وهي تنفّض السرعة في البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على ما سدرى .

نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً نائماً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (٢) .

والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد . ولا مسؤولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد المعمار نائباً لأنه إنما يعمد بمفاوضات وهي عمل مادي لا عمل قانوني .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول . فإذا أثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بتعويض .

#### ١٠١ - الإيجاب المعلق : وقد تنهى المفاوضات إلى إيجاب معلق . كأن

يعرض شخص التعاقد بشمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الشمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذي صدر منه بائناً الذي عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية في القبول حتى ينفد

---

(١) وقد سبق الإشارة إلى هذا النص عند الكلام في التعبير الصريح والتعبير الضمني (أنظر ققرة ٧٦) ، وبيننا هناك أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عنه .

(٢) ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - أنظر أيضاً حكماً آخر في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ .

الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينقد إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه .

١٠٢ - الإيجاب البات : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي أو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون : فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه .

### القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ - في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبق ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقرن بالقبول (١) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبني هذا لاعلى أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بالألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل في مصلحته (٢) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً في التعويض على أساس المسؤولية التصديرية (٣) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث :

(١) استئناف مخطوط في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ - وفي ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٣٢٢ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٥٦ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٤٧ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ٢١٣ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ٨٨ .

(٢) استئناف مخطوط في ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك ٣٠١ م ٣٠١ م ٥ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ١٠٠ - وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٦٢ .

(٣) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ م ١٣

نظرية الإرادة المنفردة، ونظرية العقد الضمني، ونظرية المسؤولية التصديرية (١).

**١٠٤ - في القانون الجزيري :** وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي. فقضت المادة ٩٣ بما يأتي : ١٥ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (٢)، فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم تعد بعد هذا النص في حاجة إلى الحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم . أي أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون، وهذه هي إحدى الحالات التي نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذي يبنى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً في الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور

(١) أنظر كتاب «نظرية العقد» للدولف ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٦ - ص ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي : «كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه» (١٢٩م من المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكفاء بالنص الذي استبقى في حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيسكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة المفقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٠) .

أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة .  
وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي (١) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر (٢) . فهذا أيضاً يوجد ميعاد ضمني ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب . أن يربص الموجب مستقبلاً بإيجابه إلى أن ينقضي الميعاد الذي يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل في الميعاد المقدر لوصوله (٣) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التي حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولسكنه لا يكون ملتزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم ندين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملتزماً ، وقد يكون قائماً غير ملتزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) هذه المبادئ مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التهيدي تجري على هذا الوجه ، وحذفت في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) .  
ويلاحظ أننا انتقلنا في هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر في مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر في مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضيقاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء في مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء في ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقتضيه طبيعة المعاملة — يكون ملتزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فسخ المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقترن بأجل ضمني هو الميعاد الذي حدد لإرساء العطاء .

## سقوط الإيجاب :

١٠٥ - الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب . فيسقط حتى لو لم تنقضى المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب (م ٩٦ وسيأتي ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضى المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما نوافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبنى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب . وبراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشروع في نص لاحق . وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثاني اتفاق لإرادتين (١) » .

١٠٦ - الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم - وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد - فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٣٦ - وانظر أيضاً في هذا المعنى عمكة الاستثناء المخططة في ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ م ٦٢ .

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انقضت مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .  
وسرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤ (١)).

### ١٠٧ - القبول بعد سقوط الإيجاب الإيجاب مبرم : وإذا سقط

الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً (٢) . ونرى

(١) كان المشروع التهديد يشتمل على نص يمدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : (١) إذا اهضمت صفته الملزمة قبل أى قبول . (٢) إذا رفعه من وجه إليه . (٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعدد يحسن تركه للفقهاء ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠ - م ٤١ في المامش ) .  
(٢) أنظر في حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل في الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد ، نظرية العقد المذكورة ص ٢٥٣ حاشية رقم ٢٠١ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من المشروع التهديدى تجرى على الوجه الآتى : « يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب ، أن ينظر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر القبول غير متأخر » . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتى : « ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذى يرسل في الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن ينظر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون في الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ - م ٥١) .

ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع - وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها - إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولاً . ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

## ب - اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ - **الميعاد الذي يصح فيه القبول - مدة قيام الإيجاب :** يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترون بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أي وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترون به الإيجاب . أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقرن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً - ويجوز أن يقرن بالقبول - ما دام بمجلس العقد لم ينقض . فإذا انقض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ - **مجلس العقد :** يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها :  
١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل .  
٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا فروعاً لفظية طليقة) . ولا تلى أحس في لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أن يكون مفهوماً أنه لم يرد الإيمان ووجه النظر المادية التي تراها عادة في كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات =



وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

«إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة غائلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع في هذه الصلورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد (١) .

وبتين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع — وهو مأخوذة من القوانين الحديثة (٢) — يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والخرج ما لا يخفى . فلفظ القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينقض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره

== لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ في المشروع التهاى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستثناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تسالغ حكم القبول إذا صدر قبل ارفضانى مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ — ص ٤٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢

(٢) أنظر المادة ٤ من قانون الالتزامات الربرى والسادة ١٤٧ فقرة ١ من التفتين

اعتبر مجلس العقد قد انقضى ، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً . ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً علمياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة . بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد (١) .

(١) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفي وهو المذهب الذي قصد القانون الجديد أن يستدتمه في هذه المسألة . وقد اختلفت الحجة مع الشافعية في ذلك . فالحنفية يرون كافتتاح جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر في مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون أمور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم في الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز لموجب له أن يرجع في قبوله قبل انقضاء مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعي ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولاً ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفي عدود المدى من الناحية العملية . فحنفية يقولون إن الموجب يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع في قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس . أما المذهب المالكي فيشترط الفورية كاللذهب الشافعي ، ويمنع خيار المجلس كاللذهب الحنفي ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يحترمه القانون الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرَج .

وتتفل هنا بس ما جاء في البدائع في هذه المسألة : « وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا يستند ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلال المجلس ثم قبل لا ينعقد ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم التام من زمان وجوده ، فوجد الثاني والأول متعدي فلا ينظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً . وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير متشعباً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدون . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصم على الفور لا يمكن التأمل » (البدائع ٥ ص ١٢٧) .

هذا التعليل الرائع هو الذي وقف عنده . ولا تجاري المذهب الحنفي بعد ذلك في تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بس ما جاء في البدائع في صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تبايعا وهما يشيان أو ييران على دابتين أو على دابة واحدة في محل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصليين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالشيء والبرهان قل ... ولو تبايعا وهما »

## ١١٠ - لا نعيم في القبول : ومنى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد

الذى يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى حذفاً كتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه ويجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة (١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون

ـ واقفان استعد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا يتعد ، لأنها لما سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران فى مجلس واحد ... ولو تابعا وهما فى سفينة يتعد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جرياتها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير . أما انشئ فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت ، فاختلف المجلس بسيرها ( البدائع ص ١٣٧ ) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقى ، ثم يغلطون المسألة على وجوبها المنطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختيارى ( المشى أو السير على الدابة ) لا يتعد البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختيارى ( جريان السفينة ) يتعد . وفى هذا ذهب بالمنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من المخرج فى التعامل مالا يغنى ، إذ يجتمع على شخصين عيشان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقى للمجلس ، فيكفى الاتحاد المحكى ، وقد أقر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد المحكى فى التنقل غير الاختيارى للضرورة ، والضرورة ذاتها هى التى تقضى علينا أن نكتفى بالاتحاد المحكى فى التنقل الاختيارى أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع المخرج فى حالة يكثر وقوعها وهى السفر بالسكة الحديدية ، فذكر فى هذه المسألة ما يأتى : « أما لو تابعا وهما فى السفينة فإنه يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجرياتها لأنها لا يملكان إيقانها ( مططاوى عن النهر ) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » ( شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦ ) .

أبوابهم للطارق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعتهم. فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الاستجابة إيجابياً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى هذا الحكم العادل بما يأتي: «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف فى استعماله. على أن الإساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص. وهذه خصوصية تسترعى الانتباه. وقد تعتمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى، فثل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً. ويجوز للقاضى فى بعض القروض أن يذهب إلى ما هو أبعد، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك (١)».

## ١١١ - كيف يطابق القبول الإيجاب: وإذا كان الموجب له لا يتحتم

عليه القبول على النحو الذى قدمناه، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب. وقد كان المشروع التهديدى يشتمل على نص فى هذا المعنى رؤى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة. فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد. أما الاتفاق على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٥ فى المامش. وقد جاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية فى صدد النشرات والإعلانات التى يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتى: «وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجبة لجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب. فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يوجهها إلى الإيجاب التام الذى ينقل إلى ارتباط تعاقدى من اقترن به القبول، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب. والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع»، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٥ فى المامش).

بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين . حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة (١) .

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد . ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها . فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) . والذي يسترعى النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددوا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلاً للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل . ما دام أنهما لم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضي فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه . فهو إذن يساهم في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦ . أنظر أيضاً محكمة استئناف أسبوط في ٣ يونية سنة ١٩٤٨ الحامدة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض فروق لفظية . ولما تلى في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشة الحكم ، ودارت مناقشة ضوئية حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٩ ) .

انظر أيضاً المادة ٢ من قانون الالتزامات والسويزم والمادة ٦١ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويزم .

صنع العقد (١) . وبوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن يفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما لبيت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلاً على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار : ففرضاً على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيما يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهى عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفرض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنهما تركا للقاضى أن يبت فى هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعا أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التى تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية (٢) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وفى هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى أوجب الاتفاق عليها ما لم يترأس العاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما قص منها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

(٢) يؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى : « وهما يمكن من أمر . فينبغى التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تقدير لإرادة المتعاقدين . فإذا تراس هذا التفسير مع ما أراداه المتعاقدان ، بأن اشتراطاً صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .

العقد لا يتم . ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً بتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً . وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع . أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة . أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط . لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذى تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ تنص بما يأتى : «إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (١) » .

## ج - حالات خاصة فى القبول

### الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولاً . (\*)

١١٢ - **المبدأ العام :** لا محل للكلام فى السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولاً ؟

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١ من المشروع النهيى ، وكانت هذه المادة تشمل على فقرتين ، حدثت لفقرة الأولى منها فى المشروع التهاى اكتفاء بتطبيق الفواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فباعت مطابقة للنص الذى ورد فى القانون الجديد . وقد وقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ فى القانون الجديد (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٩ - من ٥١)

وانظر فى هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الامانى ، وحكم محكمة الاسكندرية الاجدائية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازت ١٢ من ٢٨٥ .

\* **بعض المراجع :** بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٠٨ - ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها ٢ فقرة ٥٥٦ - فاليرى فى العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته فى دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٤٥ - ١٩٠٨ - ٢ - ١٠ - ١٩١ - ١ - ٢٨١ - جيز فى نظرية العمل السلي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ من ٧٦٤) - بارول فى السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديموج ١٩١٢ - كوهن فى العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ من ١٠٣ وما بعدها - ليفى ديموج ١٩٢٧ - كوهن (Cohin) فى العمل السلي الخاطىء باريس ١٩٢٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ - بودوى وبارد ١ فقرة ٤٤ - فقرة ٤٨ - بنكاز نكلة بودوى ٢ فقرة ٣٩٥ - والتون ١ من ١٩٢ - من ١٩٩ - نظرية العقد للدولت فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٦ - الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٥٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

يمكن القبول بوجه عام إن السكوت في ذاته . مجرداً عن أي ظرف ملابس له . لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً . لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شيء سلبى . ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لسكوت قول » . وليس السكوت إرادة ضمنية . فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو انعدام (١) . وأول بالعدم أن تكون دلالة الرقص لا القبول . وهذا هو المبدأ العام . يقول به الفقه والقضاء في مصر وفي غيرها من البلاد (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « يفسر التفريق بين التعبير المسمى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير المسمى وضع إيجابى . أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير المسمى بحسب الأحوال إيجابياً أو قبولاً . أما السكوت فمن المتع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإلغاً يجوز في بعض ظروف الاستثنائية أن يعتبر قبولاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلفة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في معمله لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في المبدأ القانونى وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريح شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة الاستئناف المختلفة في دائرتها القضائية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض مبرسه النافع وبشرط شروطاً في صفقة طائفت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضا من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٠) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يتبره فيه مرسله مساهماً في شركة معينة ويحده فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولاً بالاكتساب في الأسهم المذكورة (تقضى فرنسا في ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠-٧١-٢٥٧ وفي ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠-١٩١٠-٢٠٧) ، وبأن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق علة دورة لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه العلة ما دام أنه يصدر منه قول بذلك ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد العلة حتى لو ذكر في العلة أن عدم الرد يعتبر قبولاً بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى بول ٩٣-٩٤-١٦٢ - محكمة دوى الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤-٧٥-١٥٣) . ويلاحظ أن من يتلقى العلة ويسكت ، إذا كان سكوتاً لا يعد قبولاً ، فإن قبوله في يستخرج صمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ، كأن يوافق على تسلم العلة وقراءتها بالتفصيل (مصر دى هانس ١ لمط (convention) فقرة ٦) .



١١٣ - الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد فى نص صريح ، ففقت المادة ٩٨ بما يأتى :

« ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يفرض الإيجاب فى وقت مناسب . »

« ٢ - ويعتبر السكوت عن الرد - ولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمغعة من وجهه إليه (١) . »  
فالاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قولاً إذا أحاطت به ظروف ملازمة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء (٢) . هذه الظروف الملازمة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء (٣) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعمله

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية نصها كالاتى : « ويكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولاً لا وورد فى (الفاتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ فى المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفى لجنة القانون الدنى مجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشتري المخ لم » . وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يعنى أن يترك فيه التقدير للقضاء فى كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ - ٦٤) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات السوسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات البنائى .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد لحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إتمامه أو إنهائه منه (استثناءات مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المبدأ ما يأتى : « ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . ونفرض على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاماً ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها الماقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم افتقاد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للماقد أن يستخلصه من إجماله أو حقه الشخصى (استثناءات مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩) .

عن حياجه في المصروف . وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له (١) ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضي بذلك . كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في «الفاتورة» شروطاً مستجدة سكنت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها (٢).

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريدونها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده (٣) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له . أو فاسخاً (٤) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ - ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ - ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثني حالة الخطأ في الحساب والحذف والإضافة والتدوير وما إلى ذلك ، مثل هذا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) - نفس فرنسي في ١١ يولييه سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٤ - ١ - ١١٧ - وفي ١٥ يولييه سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٣٠٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشترطاً لآلات ميكانيكية استنفذ الأجل المضروب لبعض هذه الآلات وطلب أجلاً جديداً لبعض تكميل كان متوقفاً في عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نفس فرنسي في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلاً محدداً بل جعله في أقرب بياد مستطاع . وسكت المشتري على ذلك ، فكونه يعتبر رضاه بهذا التعديل (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسح العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من إنجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المبيع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بهد أن منعت الحكومة الإنكليزية تصدير الفحم ، فسكت ، ثم عاد بهد ذلك بحالب المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه بمجرد النظر عما إذا كان التزام المبيع أصبح تنفيذه مستحيلاً بقوة قاهرة ، فإن سكوت المشتري قد جعل المبيع على حو في انعاقده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا . فيعتبر سكوته رضاء . كالحبة التي لا تشتط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت . وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير قبلزم الصمت (١) .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر . فكل سكوت تلازمه ملايسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملايس» (٢) (silence circonstancié) . ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة . وكذلك الخفي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً بالبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب ضمان آخر يريد استتجار عين من الحكومة بعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو الزاد على من كلفه دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ س ١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : «أما السكوت من المتنع على وجه الإملال أن يتضمن إيجاباً ، وإعاً يجوز في من فروم استثنائية أن يعتبر قبولاً . وقد تناول النص هذه القروس ، وهقل بشأنها عن تعيين الالتزامات الموجبة ضامناً مرناً يهيء للقاضي أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وستأها أو من ظروف الحال . والثاني التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة ... ويراعى ... أن اقتضاء المعاد المقول أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذى يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفي هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان الاعتقاد بغير التعاقد قد تم في المكان الذى يوجد فيه الموجب عند اقتضاء المعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . ولم تعرض التقنيات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لفظة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنيات الجزمانية وغيرها من التقنيات التي تأثرت بها تورد على القيس من ذلك أحكاماً وافية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف» وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير إشكالاً ما ، لأن القانون هو يكمل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى «السكوت الملايس» وهو ما تلايه ظروف يجعل معها محل الإرادة ، فهو وحده الذى يواجهه النص ، معتدياً في ذلك حذو أحدث التقنيات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧ - ٥٨) .

## الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ - يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول . فتم العقد به . ويعتبر قبولاً ضمناً (١) . أما الزمان والمكان للذان يتم فيهما العقد فيتبع في شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتقضى القواعد العامة - على ما سنرى - أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفي المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن ينص من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفي مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة . فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول . فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ .» ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه «من التفصيلات التى لا ضرورة لها (٢)» . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددتين

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض تأخذه كان بوسعه أن يتسك بها قبل التنفيذ بحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضا من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لأسبل مع إلى الشك في انصراف به العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونية سنة ١٩١٦ حازرت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ لدى ارتضاه العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أن تزعم بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد . لم تهم الدليل على أنها ألفت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٦ - ص ٥٧ . وانظر المادة ٣ من المشروع الفرنسى للإبطال .

بمحصل التنفيذ لا يعلم الموجب به متى انتفصح ذلك . لا من إرادة الموجب فحسب . بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ . ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ (١) .

### الحالة الثالثة — القبول فى عقود المزارع :

١١٥ — هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لامن طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التى تجبرها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزارع إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تاجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزارع . ويعتدنا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزارع هو الإيجاب . والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزارع لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزارع ، ويكون هو إرساء المزارع على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا أن التنفيذ الاختيارى الذى يكون متقدماً على الرد يدخل فى نطاق القبول الضمى . ويراعى أن الإخفاق ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ . فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى افتراض علم الموجب بذلك . وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما الموجب بالقبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٥٦ س ٥٧ من ٥٧ فى الخامس) . وبلاحظ أنه أسير فى المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا فيما قدمناه فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويعتد التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذا لم يعلم بالقبول فى هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء طارئاً . إذ أن السكوت بحد ذاته قبولاً يكون صدوره والعلم به حاصلين فى وقت واحد ، فلا فرق بين إيجابه وقبوله فى هذا الخصوص .

خل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إجبارياً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاو (١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاو العلنى أمام المجلس المحلى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إجبارياً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويموز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ الخاصة ١٣ ص ٢٨١) . وقد بشرط من يشرح الصفقة فى المزاو صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النفس فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزاو أرس لتأجيلها على مقتضى شروط وارو بقائمة المزاو تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقديم العطاء ، ويجرد قول المالك لجزء من التأمين النقدى وتخبره بإعصا عنه لم ينس فيه إلاعى أن صاحب العطاء ملزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم بشر فيه بشىء إلى حقوق صاحب الأرس الوارو فى قائمة المزاو ، بل بالعكس أشر على القائمة فى يوم حصول المزاو الذى حرر فيه الإصا بأن المالك لا يزال معصاً بحقه فى قبول أو رفض العطاء — كل ذلك لا يقيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول إعصاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم قبل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إصا المزاو ، كان هذا هو المقو تمام اللازم (هنس مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرس من شرح الصفقة المزاو على من رسا عليه ، فقد تم رفضه ولا يجوز لراسى عليه المزاو الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه : دام مد بيت بمعاوضر جلسة المجلس المحلى أن الراسى عليه المزاو قبل الشراء من مد بيت ، ووافق المجلس المحلى على هذا الثمن وقرر إصا البيع ، وما دام الإصا والقبول مد وفعامن يتسكون التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبة بتعريض العقد لأن العقد ليس إلا السند الكتابى للبيع ، وليس للراسى عليه المزاو أن يرجع بعد ذلك فى المقو من تلقاء منه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الضو الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ الخاصة ١٥ رقم ٣١٧ ص ٢٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلاً عن شروط المناقصة ، فإذا قام من طرح الصفقة فى المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : نفس مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصرى فى مثل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويموز الرجوع فيه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما فى مثل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضئى ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع فى عطاءه مد أن يستسل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إعصاءاً منزماً إذ هو قد اقترن بأجل مدنى هو نفس المزاو . وإرساء العطاء على من يرسو عليه .

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فنصت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم انعقد في الزايدات إلا برسو المزداد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا (١) » . والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزداد . كقصاص يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو المزداد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقال المزداد دون أن يرسو على أحد » . ولا تلي النص لجنة المراجعة ، أصافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلا » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم الزايدات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم فيها ، فقبل إن إرساء المزداد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم الزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقبل إنه لا يمكن إرساء المزداد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون النضاء باطلا ، فأجيب . بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معتوهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإقال المزداد دون أن يرسو على أحد » ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فأيراد هذه العبارة ليكون مجرد تزيد قد يحمل على محل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ينطبق هذا النص على جميع عقود الزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجري بطريق الزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح الزايدة على الثمن ليس في منطقت النص إلا دعوة لتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القول فلا يتم إلا برسو المزداد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح الزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولاً . ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للبطلان ، بل ولو رفس فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقبل المزداد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فإدام التقدم بإحضاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا القرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينتفي بانه شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقال المزداد دون أن يرسو على أحد » . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

نضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل =

## الحالة الرابعة - القبول في عقود الإذعان (\*) :

١١٦ - دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما عليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان (١) . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية . ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها

باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع الطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع بإطلا كصرف قانوني .

\* بني المراجع : سأل في إعلان الإرادة من ٢٢٩ وما بعدها - دمجها في تطورات القانون الخامس من ١٢١ - الدولة والقانون الموضوعي والقانون الرضائي من ٥٥ - هوروي مبادئ القانون العام من ٢٠٧ - ريبير في القاعدات الخلفية في الالتزامات من ٥٥ وما بعدها - بلانيسول وريبير وإسمان ١ من ١٢٢ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٢ من ٦١٦ وما بعدها - موران (Morin) في القانون والمقد سنة ١٩٢٧ من ٣٦ وما بعدها - ديريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ من ١٥٢ و ٢١٠ - جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة ديمجون سنة ١٩٠٩ من ٢٢٧ وما بعدها - دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ - فورتييه (Fortier) ديمجون سنة ١٩٠٩ - ميشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ - ساراوجي (Sarot-Rémy) في مراجعة الشروط الضمنية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ - ميسول (Missol) في عقد التأمين كغف من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ - ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ من ١١ وما بعدها - جومار في مجموعة دراسات جيبي جزء ٢ من ٣٣٣ - وفي مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ من ١٤٣ - ومقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٣٧ من ٢١ - نظرية العقد للؤلف من ٢٧٩ من ٢٨٨ - الدكتور حلمي بهجت بدوي من ٢٢٢ من ٢٢٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت من ٨٢ من ٨٥ - الدكتور محمد عبد الله العربي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ - الدكتور عبد النعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصري القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة (من ٢٢٩ من ٢٣٠) . وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت إلى الفقه الجديده .



الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلم أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسؤولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يفهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائل المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض لإيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى فى العبارات الآتية : « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥ من المشروع التهيدى على الوجه الآتى : « القبول فى عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . ولما نلى النص فى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات أفضى إليها مصداقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٧ - ٧١) . وانظر المادة ١٧٢ الفقرة الثانية من قانون الالتزامات البنائى .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من حق عقود الإذعان ، وهى عمدة التصور الاقتصادى فى العهد الحاضر ، أن يفرد لها مكان فى تقنين يتعلم =

## ١١٧ - طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود

الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ سالي وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار : أما هنا فالتفويض مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، وبراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية : وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم (institution) يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً . ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد .

ويرى الفريق الثاني - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر . فإن هذه

== إلى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، في رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أمام النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأي إلى عاينته ، بل اجترأ يذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم القاعد بالشرط المقررة فيها صريحاً من شروط القبول . فتنة قبول حقيق تتوافر به حقيقة العقد . ومع ذلك ليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان القاعد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشقة . ويقضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختص عن القواعد التي تسرى على عقود التراضي . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نملاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشغلات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتجين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة الطائفتين . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متعاقلة على وجه الدوام بالنسبة لسكان فئة منها . وعلى هذا النحو يستر من عقود الإذعان تلك العقود التي يقدّمها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصانع البريد وتليفونات واتصالات ، أو مع شركات التأمين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ - ص ٦٩) .

ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المخنكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الإذعان .

١١٨ - **حكم عقود الإذعان في القانونين القديم والجديد :** وقد كانت الحماية في مصر ، في ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام (١) ، فيحترم الشروط المطبوعة في عقد الإيجار (٢) ، وفي عقود التأمين (٣) ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة (٤) ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها (٥) ، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها (٦) . إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة (٧) ، ويبطل الإعفاء الاتفاقي من

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ .

(٢) عقد الإيجار للوآف بقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش رقم ٢ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازت ٢٠ ص ١٠٨ .

(٥) استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٥ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٥ يولية سنة ١٩٢١ جازت ١٢ ص ٣٥ - محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ ص ١٠٧٦ .

(٦) استئناف مختلط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ - وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ .

(٧) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ أبريل سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ جازت ٦ ص ٢٢٢ .

المسئولية (١) . ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن (٢) ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة (٣) .

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصري في ظل القانون القديم مستنداً تشريعياً في عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المذعن . وتدع النصوص الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية . جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» (٤) . وهذا النص في عرومه وشموله أداة قوية

(١) استئناف مختلط في ١١ يولية سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤٣٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٩٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ٢٠٧ .

(٢) استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ من ٢٩٥ . وتندد المحاكم في أعمال شروط من شروط إسقاط أو بوليصة التأمين : استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١٨ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ من ٨٦ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتبار شركة التأمين على أن تصد المؤمن له في محل إقامته لتستوفي الأقساط يلغى الشرط القاصي بأن الدفع يكون في محل الحركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازية ٢٠ رقم ٩٣ من ٨٧) .

(٤) تاريخ النص ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن يقبله دون مناقشة ما عرض عليه لم يمتنع إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك عللاً للتقدير » . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتي : «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن من تنفيذها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت لإزالة عبارة في آخر النص هي ما يأتي : «دون إخلال بحق المذعن في التعويض إن كان له محل » ، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يعنى القاضي المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل . ومنه أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفضت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تنفي عن =

في يد القاضي يحميها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، ولا معقب لمحكمة القضا على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان . فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعني الطرف المدعى منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعاً من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي : ١ - يفسر الشك في مصلحة المدين . ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (١) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية

== الحكم الوارد في عبارة المضافة ، واستبدلت كلمة « منها » بعبارة « من تنفيذها » . وأصبح رقم المادة ١٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩١ - من ٢٩٤) .

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذي كان وارداً في المشروع التهديد أضغف من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التعسفية أن يكون الطرف المدعى لم يتنه إليها ، والثانية أن الجزاء على شرط تعسف لم يتنه له الطرف المدعى جاء منطقياً على شيء من القموس ، فلم يصرح النص بأن للقاضي أن يعدل الشرط أو يلغيه ، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضي أن يجعله محلاً للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المدعى قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاء . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينوبه ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المدعى ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتشريعات خاصة » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩٢ ) . ولا شك أن النص الذي خرج به القانون الجديد أصلح في معالجة استغلال الطرف المدعى من نص المشروع التهديد . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً ، فقد كانت العبارة الواردة فيه : « أو أن يعني الطرف المدعى منها » قد وردت على النحو الآتي : « أو أن يعني الطرف المدعى من تنفيذها » ، فزوي أن الإعفاء يكون من الشرط التصفي ذاته لا من تنفيذه فحسب .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التهديدى على الوجه الآتي : « يفسر الشك في مصلحة المدين » ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف ==

للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «وبراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك في مصالحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فتضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائماً كان أو مديناً . فالتفروض أن العاقد الآخر . وهو أقوى العقدين . يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته . لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الإسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى وهى تنص على أن إيهام العبارة يفسر ضد من صارت منه (١) .»

### الحالة الخامسة - القبول في عقود الجماعة وفي العقود النموذجية :

١١٩ - تضمن المشروع التمهيدى نصين . أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثانى بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «في عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية . وترتبط الأقلية بهذا القبول» . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contrat collectif du travail) : وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبأه ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف في عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفي هذا خروج بين

---

«المذعن» . فضت الفقرتان في مادة واحدة في لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١٥٥ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ - هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

على القواعد المدنية ، يعمله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ،  
وهي على كل حال تنشىء مراكر قانونية منظمة (institutions) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : « إذا وضعت  
السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم  
هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه » . والعقد النموذجى  
هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كمعقود الإيجار  
النوذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى  
النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً فى تعاقدته على عقد نموذجى يتقيد  
بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفرض أن المتعاقد قد اطلع على  
ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائى ، حذف الأول لأن مكانه  
يحسن أن يكون فى تشريع خاص ، وحذف الثانى لوضوح الحكم الوارد  
فيه (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ - ٦٨ فى الماش . وقد جاء فى المذكرة  
الإيضاحية لهذين النصين فى المشروع التمهيدى ما يأتى : « لا يطرأ على القول فى عقود الجماعة  
بمجرد عرض ضمير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك ، فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق .  
والحق أن هذه العقود وهى من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد .  
وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأئمة التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترفض ذلك .  
وقد بلغ من أمر الثفرة التى أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح  
« الارتباطات النظامية » أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح « عقود الجماعة » . وقدما  
وعت قوانين التجارة فى نظام المصلحة فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة  
أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثرأ قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعى مكانتها فى الحياة الاقتصادية  
الحديثة تحت ضغط حركات العمال والنقابات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة  
بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل  
أو من لم يقل . ويترب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص  
هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فبالأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة  
الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات  
مثلاً) تفترض قبولها للشروط الواردة فيه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ فى الماش) .

## ٢٤ - المتعاقدان لا يجتمعهما مجلس واحد

( التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين )\*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ - **تحرير الموضوع :** فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بواسطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك (١) .

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعوا فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تمنحى هذه الفترة من الزمن . ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تخفى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

\* **بعض المراجع :** فاليرى (Valéry) والتعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تطبيقاً لها أيضاً فى دالوز ١٩١٣ - ٢ - ١ - سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ - أوبرى ورو ٤٢٣ - لوران ١٥ - فترة ٤٧٩ - ديمولوب ٢٤ - فترة ٧٥ - هيك ٧ - فترة ١٨ - إيدان فترة ٩١ - فترة ٩٢ - جيلوار فى البيع فترة ١٦ - بفنوار ص ٤٧١ - لارومبيا ١١٠ - فترة ١٩ - بودرى وبارد ١ - فترة ٣٧ - بودرى وسينيا فترة ٣٥ - بلايول وريير وإسمان ١ - ص ٢٠٤ وما بعدها - بلايول وريير وبولانجيه ٢ - فترة ٣٥٤ وما بعدها - ديمو ٢ - ص ٢٤٢ وما بعدها - هيمار ٢ - فترة ١٢٢٤ وما بعدها - بتي (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - أوبر (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ - ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ - موريس (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ - كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن - والتون ١ - ص ١٩٩ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فترة ٢٨٥ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين يمكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض التوائن فيها حضور المتعاقدين بنفسهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بضرب الباعة ، كما يفتى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage) وفى عند الزوية المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبني (adoption) .



والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ماسرى. ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افرقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنسبه يبلغ الموجب قبوله (١) . فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه . بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به (٢) .

## ١٢١ - ماذا يترتب على هذا التحديد - زمانه العقدة ومكانه : ومتى

وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناه تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت تعلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول . ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض . أهمها التعاقد بالتلفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة

(١) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أسمى ومما فى مجلس واحد ، فلم يسع الموجب القبول ، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تنبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الغرض إيموس وأرمانجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصرين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

(٢) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شفهاً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين ومما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ ص ٤٦٠ - ٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يفتى عن حضور الأصل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ ص ٤٩٠ - ٤٣) .

تعاقدا ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالتعاقدان في جهتين مختلفتين .  
فتجرى في تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين (١) .

وعلىنا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان .  
ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية . ثم لننتقل إلى أحكام القانون  
المصري .

## ١ - الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ - **مذاهب أربعة في الفقه** : الفقه في البلاد التي ليس فيها تشريع  
يعين الزمان والمكان للذين يتم فيهما العقد - كما في فرنسا وفي مصر في ظل  
القانون القديم - منقسم متشعب الرأي . وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان  
العقد ومكانه على ما سترى ..

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفترة من

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا الموضوع ، فصت المادة ١٤٠ من  
هذا المشروع على أنه « يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما  
يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . ولكن لجنة الترجمة قررت حذف هذا  
النص لوضوح حكمه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي :  
« لا يشر التعاقد بالتلفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعباً إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد .  
نشأته من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تعرفهم شقة السكان . ولذلك تسرى عليه  
أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتلفون قد تم في  
مكان الموجب إذ به يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان  
انعقاد العقد ، فالتعاقد بالتلفون لا يفتقر عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن إقرار الزمى بين  
إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو في حكم المعدوم . فليس لفترته بين وقت إعلان  
القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنها شيء واحد . ونعرباً على ذلك يعتبر التعاقد  
بالتلفون تاماً في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بذاته هو  
الذي يعلم فيه الموجب بالقبول . ويرتب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين  
الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم  
يصدر القبول فوراً للوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هي القاعدة المقررة في الفقرة الأولى  
من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو  
بأى طريق مماثل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ - ٥٣ في الماش).

الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والملم به (١). فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد متى يتلاقى الإرادتين : فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاقياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقى ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقى الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممنوع . بل إن تلاقى الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تتلاقى الإرادتان (٢) .

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين لإرادة الآخر على غير حقيقتها . فكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيتمدد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يشتري أن البائع يصرح عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد ؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ المص ١٦٨٨ - في ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧٢ م ٧٢ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦٨ م ١٥ - وفي ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧٢ م ٧٢ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ م ٩٧ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أسابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى وسبأى ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين غائبين يلحق الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول محدود بأثر الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة لا هو لأيسر من وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يبطئ الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يبطئ القابل . فلا ميزة لنقل عن آخر من حيث احداث التعاقد .

فليس يعني إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فضلاً ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا - وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول - إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله - وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) - والوقت الذي يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك - وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به - وهذا هو مذهب تسليم القبول (système de réception) - والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول - وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .

هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

**١٢٣ - مذهب صدور القبول :** أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول . إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

**١٢٤ - مذهب تصدير القبول :** وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول . فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون

أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لمعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتأم العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد . والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

**١٢٥ - مذهب تسليم القبول :** وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية . أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل . أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

**١٢٦ - مذهب العلم بالقبول :** والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما ففروع عنهما ،

ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه . بل يشترطون علم الموجب به . شأن كل إرادة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً . فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخلون من وصول القبول قرينة على علم الموجب . ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ . وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

**١٢٧ - النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب دوره آخر :** ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين . مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر . فنبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١- إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به . فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان . ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول . فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢- إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات . فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد . وتكون الثأر للمشتري من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم . أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية .

٣- هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم . ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤- في الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه . فإنه يجوز للدائن

الظعن في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥- العقود التي صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطالان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

٦- تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، ونخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأى المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧- قد يكون ارتكاب جريمة في بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدنى ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف في أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبيد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذى كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذى يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذى يعين أيضاً وقت تمام العقد .

## ١٢٨ - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة

بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألماني (م ١٣٠) . والمشروع الفرنسي الإيطالى (م ٢ فقرة أولى) ، والتقنين التجارى الإيطالى (م ٣٦) ، والتقنين الإسبانى (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تسليم القبول (م ١٠) . وأخذ التقنين المدنى السورى الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت

المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك». ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري (١). أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) .

## ب - أحكام القانون المصري

١٢٩ - القانون القديم : لم يشمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانتقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، بين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهي قواعد أخذت بمجملتها من القانون المصري ، فيما عدا المقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والمقود اللبناني ، فأصبح المقود بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تضي الضلعة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لتلايق تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوي العلاقة » ( المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١ ) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونية سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٩ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٦ . وهذان المكان يتعلقان بزمان العقد . وهناك مكان آخران يتعلقان بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٥ - وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لمعلم العارض ( ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ الجمعية الرسمية ١٣ ص ١٨٣ ) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلاً من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد ( ديباط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١ ) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .



وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان (١).  
وبقي الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه انجبه أخيراً إلى الأخذ  
بمذهب العلم بالقبول (٢) .

(١) هناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز  
للموجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة  
الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٠١ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢  
م ٣٤ من ١٥٧ - وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٢٦ - محكمة الإسكندرية  
الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ من ٣٥ - محكمة الإسكندرية  
التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ من ٣٤ - وفي ٣ مارس سنة  
١٩٢٤ جازيت ١٥ من ٢٦ - وفي ٣ يولية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٨٠) . وهناك  
أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول ( محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر  
سنة ١٩١٥ م ٢٨ من ٤٣ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٧٩ - وفي ٩ فبراير  
سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٢٧ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨  
جازيت ١٩ من ٢٥٦ - وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٥٩ من ١٥٠) .  
وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في  
٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٠١ - وفي ٢٤ فبراير ١٩٤٣ م ٥٥ من ٦٤ - وفي  
٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ٩١) .

(٢) من ذلك ما جاء بنظرية العقد للوالمف : يشعر المستعرض للعلول المتقدمة بشيء من  
الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلاً برفضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى  
وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين  
التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن التأمل في المسألة لا يسهل إلا  
أن يجاشى محكمة النفس الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين .  
بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ العقد ابتداءً بإيجابه ورسم حدوده ،  
وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فتوجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد  
وأين يتم . أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تتعرض للمسألة ، فلا نلتزم بموافقة في ذلك .  
والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضى باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة  
ولم يمكن الاعتداء إليها بوضوح فهنا تلجأ إلى الافتراض . وآمن مرض في تفسير إرادة الموجب  
أن يفرض ما هو في صالحه ، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فتجنأ تأخذ إذن  
بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا تأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ،  
بل تأخذ بها لأنها تنفرع عن المبدأ الأساسي الذي قرره من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا  
لم تتبين له إرادة فرضنا ما هو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في التشريع  
المصري في هذا الصدد ، فتجنأ نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضى  
بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه  
تحدد إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاعتداء إلى معرفة هذه الإرادة يفرض أن الموجب قد  
أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يصح قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة =

### ١٣٠ - القانون المبرر : أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف

الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسى فى تعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص فى المادة ٩١ على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» . وقد مر الكلام فى هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ فى نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتى :

- ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .
- ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء فى هذا الصدد وما هو الشيء الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانونى خاص . فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب

الموجب الفاضلة . ولأبأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة الرأى الذى نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا بإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هى التى تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم ، ( نظرية العقد للوقت فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥ ) .

أنظر أيضا فى الفقه المصرى الذى أخذ بمذهب علم بالقبول الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١١١ - ص ١١٢ والدكتور أحمد حننت أبو ستيت ص ٨٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع اختلاف لفظى طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظى ، وأصبح رقم المادة ٩٩ فى المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون الذى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ - ص ٥٥) . وأنظر أيضا المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإطالى .

العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذي سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذي أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهى قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانونى ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز لإثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذى ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسي ، فينبغى أن تفسر على مقتضاه . وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم . فتنبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجدداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لينة بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . وبديهي أن هذا الحكم قد يسرى حيث تصرف نية التعاقد إلى مخالفته صراحة أو سكتاً ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هي الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختياري (وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في التنفيذ الاختياري كما قدمنا) اللذين ينظمهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الزوج . ذلك أن الزوج هو الذي يتبدى التعاقد ، فهو الذي يحدد مضمونه ويعلن شروطه . فمن الطبيعي والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فذهب العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه - أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع - ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم يتقرر القضاء المصرى على رأى معين في هذا الصدد . فقد اختلفت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه -

## المطلب الثالث

### مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ — **تعاقده غير نهائي** : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية . فأبنا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي . ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

### § ١- الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (\*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)

(Avant — contrat)

١٣٢ — **الصور العملية للوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي** : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض يجوار مصنع أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع

== خاص في المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ م ١٨٣). أما محكمة الاستئناف المختلطة نقضوا موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ١٥٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٢٦) وجن مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٢٩ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ م ٢٢٧). وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أسلوب المذهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإمرار (التصدير) قد رددت عداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٠١ — ديباط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ السرائع ٢ م ٢٥١). ولم تتج لحكمة النقص حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٥٣-٥٤).

(\*) **بعض المراجع** : ديوج ٢٠ فقرة ٤٦٣ وما بعدها — لوديك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — ديشان (Duschamps) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونتيلييه سنة ١٩٣٦ — كوهرييه (Cohier) رسالة من بواتيه سنة ١٩٣٩ — بلانبول وريير وبولانييه ٢ فقرة ٣٤٢ وما بعدها — نظرية النقد للوئلف فقرة ٢٥٩ وما بعدها — الدكتور حلي بهجت بدوى فقرة ٦٧ .

شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لتعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقرض . ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد . أما الموعد له فلم يلتزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها منزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال (١) . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن . فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضى العقد النهائي في مدة تعين في

---

(١) وقع كثيراً في بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً ، ويسميانه مع ذلك عقداً ابتدائياً . والبرة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر الشروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٧٧) .

الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي . وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف يتعقد الوعد بالتعاقد ، في صورتيه الملزمة للجانب واحد والملزمة للجانبين . وما الذي يترتب عليه من الآثار .

## ١- كيف يتعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

### ١٣٣ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الإيجاب

والتعاقب اسرأئي : الوعد بالتعاقد . وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التى سنقررها فى هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد - بالبيع مثلا - يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته فى الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد مل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد : بيع - أو على بيع تمهيدى فى حالة الاتفاق الابتدائي - ولغلك يكون الوعد بالتعاقد . وكذلك الاتفاق الابتدائي . مرحلة دون التعاقد النهائى ، وهو خطوة نحوه .

### ١٣٤ - ما الذى يجب الاتفاق عليه فى الوعد بالتعاقد والاتفاق

الاسرأئى : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدنى الجديد على أن الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا يتعقد إلا إذا عيئت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها (١) . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بفقرتها فى المشروع التمهيدى (م ١٥٠) على الوجه الآتى : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة =

بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي . فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم بلحائب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثن (١) . وإن كان شركة وجب أن

== التي يجب أن يتم فيها العقد . ٢ - إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يتعد إلا إذا عدت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل معين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هي الرسمية في عرف الفقه والقضاء ، فمثلاً عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، فقدت الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م ٥٠٧) وليس من الضروري أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية ، فهو عقد شكل دون أن يكون عقداً رسمياً ، ويتربط على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدني على كلمته « ابتدائي » الواردة في النص ، إذ هي قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف هذه الكلمة دفناً ليس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٧٢ - ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات - السويسي والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولوني .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب اثبات من توافرها قل الحكم بانقضاءه ، وما يجزئ قاضي الموضوع من هذا الثبوت - في دعوى صحة التعاقد - يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإرادة شاهداً على أنه لم يقلل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليكن به محكمة النقض من أن تأخذ بمقتضاها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترجيح بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجعلاً فيه ركن الثمن القول بأن البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بقصور أسبابه ، متعباً قضه (نقض مدني في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣) .

يتفقا على المشروع المالى الذى تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشئين اللذين يقع فيهما التفاضل ؛ وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان .

وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى . وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد . وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين . فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينفض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد . وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

### ١٣٥ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكبية :

وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكيباً . كذخبة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه - ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة - يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهذا ما تنضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» (١) .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلاً (٢) . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلاً ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هذا يقتضى تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن . وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممنوع . ولا يجوز كذلك أن يقوم المحكم

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد التهاى مكتوباً فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد التهاى قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، وللعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .



على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ،  
ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي  
دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى  
حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولسكن يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المنقog في ورقة رسمية  
إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين نم بإيجاب وقبول  
وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، و تب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد .  
ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه حينئذ ، فلا يبقى إلا التعويض بحكم به  
على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق المدعى فيؤدي عملاً إلى نتيجة قريبة  
من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد  
ضمانه بالرهن . وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول  
النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالقبول للجانين والقبول المزمع لجانب واحد .  
ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التهدي تحديد المسائل الأساسية في التعاقد والمدة التي يتم فيها .  
أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص — على قبض الثقتين البولوني فهو يشترط  
الكتابة إطلافاً في المادة ٦٢ فقرة ٢ — إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود بإبرامه  
على وجوب استيفاء شكل معين ، ففي هذه الحالة يندرج الحكم الخاص باشتراط الشكل على  
الاتفاق التهدي نفسه . ووجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإنالات من قيود  
الشكل التي يفرضها القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا  
حكم القضاء بذلك . ويمكن بلوغ هذه الغاية أن يبدل اتفاقان عن إبرام العقد الذي يرغب  
في الإنالات من القبول الخاصة بشكله ، ويعمداً إلى عقد اتفاق تعهدي أو وعد بإتمام هذا  
العقد لا يتوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يصعدا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك  
يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القبول المتقدم ذكرهما . ومع ذلك فلا يعد  
إبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يتوقف ركن الرسمية . فإذا صح أن  
مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات  
التقصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام  
عهد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد  
ترتيب الرهن لضمان الوفاء به . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٧٣ — ص ٧٥) .

هذا وينتقد الدكتور أبو عافية في رسالته (النصرف القانوني المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠  
وما بعدها) القانون الجديد في أنه جعل الوعد بالعقد الشكلي — إذا لم يفرغ في الشكل المطلوب —  
باطلاً . وهو يرى وجوب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل : شرطاً القانون لمصلحة  
الماقدين فيكون الوعد في هذه الحالة باطلاً ، أو فرضاً لمصلحة الغير حماية لهم من الفس وإبرازاً =

### ١٣٦ - شروط الانعقاد والصحة في العقد الموعود به ومنه نراعى في

الوعد بالتعاقب والانعقاد الإبرائي: ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أي اتفاقاً ابتدائياً) .

== لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً (أنظر في هذا المعنى قانون الالتزامات اليوسرى ٢٢م ققرة ٢) . وسنجد في ذلك إلى أن القانون هو الذي فرس الشكل وهو الذي يعين جزاءه ، فينبغي أن يكون هذا الجزاء مرتباً بتلازم مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يفتى عنها .

ونحن نعلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل في القانون الحديث وطبيعته خارجية لادخلة ، وأنه لا يفتى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صلب القانون ، وهو الذي يعين له الجزاء السكاني في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لاترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الحبة الباطلة شكلاً (٤٨٩م جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يتجنى به في فرس دون فرس كما في شركات التضامن والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل لدى الوصيفة المسخنة — كما كان الأمر في القانون الروماني — إذ القانون استقل هنا كذلك بصح الشكل ، وأمس في ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالبعد الشكلي شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل سلطان الوعد — دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدق في كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يخل في هذا بسلطان الإرادة مادام قد ميز الوعد بالبعد وارفع به عن بعض اتفاق ملزم إلى جملة سبيل للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي . إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بقصد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلي ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التعايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن يكر على أي وعد قوته اللازمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بقصد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وإذ يجب على المشرع أن يكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلي الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهذا هو ما نقره المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وهو ما تقدمه الدكتور أبو عافية في رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التي قدمناها .

ويرتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حُجِرَ عليه مثلاً (١) .

وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضا بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضا في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

## ب - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي .

١٢٧ - **مرحلته يفصلهما حلول الميعاد أو ظهور الرغبة** : إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أي تعديل فيما ألزم به الواعد من الوعد ، أنظر في هذا المعنى ديجوع ٢ فقرة ٥٢١ - بلانول وريير وإيمان ١ فقرة ١٤٥ .

### ١٣٨ - قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : في المرحلة التي تسبق

حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقاً شخصياً ولا يرتب إلا التزامات : حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع . يتبين ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين) . فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي . بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد . فإن الواعد وحده يرتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع . وتم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين على عقده . أو تم وعد ملزم لجانب واحد . فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويرتب على ذلك امران لا يخلوان من أهمية عملية :-

(أولاً) يبقى الواعد مالئاً للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاء وقدرأً تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقدين الآخرين فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسؤولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرأً (١) .

---

(١) وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعه ، ولكن لا يكون مسؤولاً عن الضمان . وقد قست محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك . وبموجب النزوع العقلي لا يصح عنه الواعد بالبيع ( قس مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠ ) .

### ١٣٩ - بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل .

في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين . بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي . وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه (١) .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه . فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديده من الواعد (٢) ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد . في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل . فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده . وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع . فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكليات المطلوبة . فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد . بل يقتصر القاضي

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي فلعنة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، تصديقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وثائق الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد تروثه لعمدة النص منها قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلف شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف قانون عدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين ( نفس مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٥ ص ٣٠٢ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق طرفان على أن أحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين ، فإن صاحب الخيار لا يتعطل من التسميات إلا عند عدم قبول التعاقد في المدة المحددة للاختيار . أما إذا قل التعاقد فإنه يصبح مشلولاً عن التنفيذ وملزم بالتسميات في حالة عدم تنفيذ ( نفس مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣٠ ) .

على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب . فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ . فهي تقضي بأنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتام العقد . وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد (١) » .

## § - ٢ - المربون

( Les arrhes )

١٤٠ - **المربون ودلالة في القوانين المدنية :** يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى المربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة .

(١) تأريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذه ، جاز للمحكّم أن تحمله أجلاً لتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . فإذا أتم إبرام العقد في أجل المحدد ، قدم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام العقد » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة لاحظ أن هذه المادة لا تعرض لصحة أنى يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائى وهو في الواقع عقد نهائى ، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى ( تقابل المادة ٢١٠ من قانون الجديد ) ، وإنما يمرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائى بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائى ، لاسيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمى ، فبقي وجد وعد برهن رسمى مثلاً ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائى . وهذا الحكم ليس مقصوداً به في القانون الحال فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير اعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأى بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائى كما يأتى : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم ، متى حاز قوة الشيء المقضي به ، مقام العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى يجلس الشيوخ استبدلت عبارة « تمام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة ( بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ - ٧٩ ) - أغنى أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون المولوى .

ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العيوب للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العيوب .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول (١) ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت (٢) . وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة للإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العيوب هو غير ما يؤخذ من دلالة المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

**١٤١ - العربية في القانون المدني القديم :** لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون المدني القديم ، فكان القضاء المصري يردد بين الدالتين (٣) .

(١) أنظر مثلاً المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي والمادة ١٢١٧ من قانون الإبطال القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من الشروع الفرنسي الإبطي .  
(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألماني والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٧٤ من القانون البولوني .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العيوب لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التغلف عن الوفاء ( ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤ ) ، على أن للمعزى الذى يفقد العيوب بسبب التغلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على قبيض ما يجرى بشأن الشرط الجزائى ( ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢ ) ، وقضت كذلك بأن العيوب قد يدل على الثبات ( ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ) .

وفى دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العيوب فى حالة الشك يدل على جواز العدول ( محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ ) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العيوب دليل العدول لوقت معين ، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبايع الذى أظهر نيته فى أن يعصى فى العقد دون استعمال حقه فى العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ثم عدل بعد ذلك فجاء ليقصر على خسارة العيوب بل يجب أيضاً أن يدفع حصة لإساءته استعمال حقه فى العدول ( ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ ) .

وكان في ذلك يأخذ بنية المتعاقدين (١) . ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف البحري . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العربون في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبث (٢) . أما في الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبث لا على جواز العدول ، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

## ١٤٢ - العربون في القانون المدني الجبرير : أخذ القانون المدني

الجديد ، حسماً للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقتّر بعربون مرحلة غير بائنة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق

في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

(١) وقد قضت محكمة النفس بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائي ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو قطعه ، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التحويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استحلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انضمت على تمامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ماهو في الواقع لاقية التحويل الذي انتفا على استحقاقه عند الفسخ المنبج عن تخصيص أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتله عباراته ، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض ( قض مدني في ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نية العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد للجواز العدول عنه ، ترك تفسير نية المتعاقدين ( ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ ) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائي كان هذا دليلاً على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائي فلا يجوز العدول ( ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩ ) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول ، وفي العقد النهائي دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ ( عقد ابتدائي ) - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ ( عقد نهائي ) - ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ ( وهو الحكم التي سبقت الإشارة إليه ) - محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ .



٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (١) .

ويبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لأعلى أنه يجوز المدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ٢٠ - فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد ، فالتعاقّد الآخر أن يختر بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذى قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذى دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣ - ويسرى حكم هذه المادة أياً كانت الألفاظ التى عبر بها المتعاقدان عن العربون . « ولما تلى النص في لجنة المراجعة أقرته اللجنة في المشروع النهائى تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتى : « ١ - دفع عربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لايجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . « ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تفصيلاً ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقررت ، وقالت في تقريرها ما يأتى : « رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقررت المادة تخشياً مع العرف ، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة « لكل من المتعاقدين الحق في المدول عنه » ، بعبارة « المقدبات لايجوز المدول عنه » ، وحذف عبارة « أو العرف » لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتى : « فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعه ، ولو لم يترتب على المدول ضرر . « وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة عن وجوب التمسك مع العرف ، ولم ترعاه للبقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضى . وأصبح النص كالاتى : ١٥ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في المدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعه . هذا ولو لم يترتب على المدول أى ضرر . « وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المسادة كما أقرتها لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٩ - وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في ص ٨١ - ص ٨٤ ) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من هذا المشروع . نصت المادة ١٥٣ على ما يأتى :

١٥ - إذا غدا الالتزام الذى من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لطرف لا يكون أحد من المتعاقدين . شلأ عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأً من المتعاقدين أو بانقضاء بينهما . « وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة . ونصت المادة ١٤ على ما يأتى : « إذا انقضى التعاقدان على أن =

دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأى عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حثاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون . فإنه يردده ويرد مثله . أى يرد ضعفه (١) ، للطرف الآخر . حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يترتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذى عدل عن العقد . لا تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول . فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص . بل تفسيراً لنية المتعاقدين . فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعلوا العربون مقابلاً لحق العدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً

---

== العربون دليل على جواز العدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه . وقد حذفت لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ فى المامس) .

(١) الصحيح لغة «ضعفه» لا «ضعفه» كما ورد في نص القانون . فاضمف هو المثل ، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد . وضمف الشيء مثله في التندار أو مثله وزيادة غير محسورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول اضمف وهو يريد الضمف ، مؤشراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المجهور ، حتى يتجنب اللبس في صدد تفسير تشريعية الخطأ في تطبيقها يؤدى إلى تأخير عملية خطية .

إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الشرط الجزائى (١) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

## المبحث الثانى

### صحة التراضى

١٤٣ - **الإهلية وعيوب الإرادة** : كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى . ولا يكتفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون

(١) أنظر المواد ٢٢٣-٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكيف القانونى .

فالعربون الذى يدفع فى مقابل العدول عن العقد يمكن تكيفه بأنه البذل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد فى العقد ودائماً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (٢٧٨م) . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصل والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البذل ، لا عدول عنه فى جملته .

أما الشرط الجزائى فكالتمويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكيف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكيف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل فى التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الأصل تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً ومطالب به الدائن . ولا هو أحد الحلين فى التزام تخييرى ، فالمدين لا يغير بينه وبين التنفيذ العيني إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين الحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني .

صحيحاً . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب (١) . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

## المطلب الأول

### الأهلية (\*)

(La capacité)

١٤٤ - القانون القديم والقانون الجديد : اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ - ١٣٠ / ١٨٩ - ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو لإبطال العقد (م ١٣١ - ١٣٢ / ١٩١ - ١٩٢ قديم) .

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٤٧) في كثير من الأحكام التي تطبق

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجري عاياًق: «يجوز إبطال العقد : أولاً — لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً — ليب في الرضاء . ولما نل هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يحدد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٠ في المامش) .

(\*) بعض المراجع : ديموج ٢ فترة ٦٦٦ وما بعدها — كاييتان في مقدمة القانون ص ١٤٤

وما بعدها — بنكاز تكملة مبسوط بودرى جزء ٤ — بلانول وريبر وبولانجه فقرة ١٤٥ وما بعدها — فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ٢٦ وما بعدها — التلويح والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها — مرشد المبران م ٢٦٨ - ٢٨٤ — شرح المحلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها — مقال للأستاذ أحمد ابراهيم بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى — مقال للأستاذ عزيز بك خانكي في بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ — ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) في تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر في الممامة السنة الأولى — مقال للأستاذ أحمد نشأت بك في الملة الموجب للحجر في الممامة السنة الرابعة — والتون ١ ص ٣٤٧ وما بعدها — نثرية القعد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما عدها — الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٨٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبوسنيت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطرنج قانون الأحوال الشخصية تم توحيد للمصريين كافة . أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسية التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) (١).

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

## § ١ - النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ - أهلية الوجوب : يعرّف الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامى أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص . سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان - بعد أن أبطل الرق - شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في نظرية عامة في الأهلية ما يأتي: « اكتفى في أهلية التعاقد بالنسبة على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو قصورها من أثر في صحة الرضاء . أما التفاصيل فموضمها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة ١٢٩/١٨٩ من القانون الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعي . أما المادة ١٣٠/١٩٠ من القانون الحالي ، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ - ١٣٢/١٩١ - ١٩٢ المادتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإبراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في التصوص التمهيدي ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠٩) .

ليست في الواقع إلا القابلية لامتناع الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى . وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية (١) .

(١) هذا وقد صدر حكام متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية في الرهينة ويضيفها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٤) ، والحكم الثاني يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهينة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهينة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لا بد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توجب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضى بأن الرهينة نظام جارٍ عند بعض الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اخضعت الرهبان ضمن المزايا فأعفهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجزركية . والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يفتن به الراهب بعد انخراطه في سلك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . وينتج عن ذلك أن الأموال التي تزول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . والحكم المضمون فيه إذ عد المطران مالاً للكنيسة لما اشتراه وقت أن كان شاغلاً لمنصب الديني مجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين ( قضى مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملك الراهب قبل دخوله في الرهينة — وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهينة عن ميراث أو وصية — فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهينة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهينة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن الكنيسة في تملك هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن الصال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : « ليكن معروفًا ما للاستيف إن كان له شيء ، وليكن معروفًا ما للبيعة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليطبع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الاستيف فهو للبيعة ، ليس له أن يوصى في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام » .

## ١٤٦ - أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال

الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتماً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ - عقود اغتناء ، وهي عقود يغتنى من مباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالحبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ - عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ - عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ - عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالحبة بالنسبة إلى الواهب .

فن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

## ١٤٧ - تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلبس بها :

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ،

بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله . ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة . وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة ، ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف . كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصلت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص . أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال (١) .

## ١٤٨ - الأصل في الشخص أنه يكون ذاه أهلية : والمفروض في

الشخص أن يكون كاملاً الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا

(١) وسرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه عقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقرر له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للإتراء بالعمل غير المشروع أو بالإتراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص حتى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو المقد (أو العمل القانوني بوجه عام) فمن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمناه . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ . ومن شروط الخطأ التمييز ، والتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المدعى عن عمله الضار . أما الالتزام بالإتراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف تحدث عن الأهلية في هذه المواضع ، وقد جاربنا هذا المألوف في بعض الأحيان .



ما قضت به المادة ١٠٩ إذ نصت على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (١) » .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه (٢) . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية (٣) . أما إذا لحق ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ، فعلى أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه . وهذا ما تنص به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لحق إلى طرق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يكون أهلاً للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المسادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » لأن الذين لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلاً للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المسادة كما عدلتها اللجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ - ص ١١٢ ) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طرؤه عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد ( ١٨ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ - ٢١ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥ ) - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفي ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعه تصغيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس المحمي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثمان عشرة سنة أن يتسكك بصحة عقد البيع ارتكباناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية ( ١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ) . وانظر أيضاً محكمة بي سوينف الابتدائية في ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ الخامسة ٩ ص ٥٢٤ ) .

احتياطية ليخفى نقص أهليته (١) . ولا يكفي لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها . بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتياطية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد كان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة (٢) .

## ١٤٩- النظام الاستثنائي من النظام العام: وأحكام الأهلية من النظام

العام . فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يجوز للقاصر التمسك بنفس أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتياطية ليخفى قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالإعلان » . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غاملاً من نص يجوز لناقص الأهلية إبطال العقد ، فينبغي أن يثبت هذا الحكم في صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتي : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنفس أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتياطية ليخفى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٢٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تستعاض عن عبارة « ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنفس أهليته إلخ » بعبارة « ودعاً مع عدم الإخلال بالإلزام بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتياطية لإخفاء قصر أهليته » . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاوز القاصر (وغيره من ناقصي الأهلية) إلى طرق احتياطية لإخفاء قصر أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجري القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٣٣-١٣٨ ) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع جالب فيها تعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقد معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعياً أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية في حين أنه كان مجبوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استتبته من ظروفها ووقائعها من أن كل بائع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يبدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترنه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك مادامت الوقائع الثابتة في الدعوى مؤدية فصلاً إليه ( قس جنائي ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى قس مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢ ) .

الانتقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا للتعديل في أحكامها » .

## ٢٤ - أحكام الأهلية

### في القانون المدني الجديد وقانون المحاكم الحسبية

١٥٠ - **العوامل التي تتأثر بها الأهلية :** لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أولاً نفع من شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والعته والغفلة (١) .

#### ١ - تأثر الأهلية بالسن

١٥١ - **الدور الطبيعية في حياة الإنسان :** الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ - من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ - من سن التمييز إلى سن البلوغ ٣ - من سن البلوغ إلى الموت

١٥٢ - **الصبي غير المتميز :** تقلد سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه « ليس للصبي غير المتميز حق التصرف في ماله ، وتكون

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتي : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية في تحديد ما يكون لا نعدام أهلية الأداء أو خصها من أثر في سعة الرضاء » . ولاتلى هذا النص في لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التي هي عليها لا تؤدي إلى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق في هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتي : « ينظر الأهلية قانون خاص » . ثم رأيت اللجنة حذف هذا النص وإضافة نص آخر بالنواد ١١٣ - ١١٨ في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التعصيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٣ في الخامس) .

جميع تصرفاته باطلة (١). فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز . فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضى المادة ٧ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن « للأب ثم للجد الصحيح (٢) الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن ينتجى عنها إلا بإذن المحكمة » . فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٣) ،

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التي تنبأ من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما المحكمة في إيرادها هنا في القانون المدنى ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن الشرع أرا بوضع هذه الأحكام في ملك القانون المدنى عدم الرجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط الشرع في قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلاً عن أنه يستفاد من المبادئ العامة التي نص عليها في الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاماً عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بتن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة ( بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٤ ) .

(٢) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولي تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٣) والظاهر أن قانون المحاكم الحسبية الجديد يقدم الجد على وصى الأب وإن لم يورد نصاً صريحاً في ذلك . وهناك خلاف في المذهب الحنفى هل يتقدم الجد على وصى الأب أو وصى الأب هو الذى يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول ، ويذهب الإمام الأكر إلى الرأى الثانى . وكان القضاء المصرى في مجموعه قبل صدور قانون المحاكم الحسبية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكر ويتقدم وصى الأب على الجد ( محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ الموافق ٨ من ٦٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ ص ٧٤٧ - المجلس الحنفى العالى في ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٣٧ . وانظر حكماً قضى بعكس ذلك فتقدم الجد على وصى الأب من محكمة الاستئناف الوطنية في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الموافق ١٠ من ١٢ والقضاء ٢ ص ١٣٣ ) .

تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضى به المادة ١٥ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أنه «إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً» .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولي والوصي في مال القاصر فرسومة في قانون المحاكم الحسبية وفي قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدني الجديد إذ تنص على أن «التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون (١)» . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون» .

فللولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف ، حتى بالغبن اليسير . ولكن الغبن الفاحش لا يجوز . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولي أن يباشرها : إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة ٩ من قانون المحاكم الحسبية) . ويجوز للمحكمة أن تحدد ولاية الولي أو أن تسلبه إياها «إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لثأى سبب آخر أو خيف عليها منه» (م ١٠ من قانون المحاكم الحسبية) .

وولاية الوصى - اختاره الأب أو أقامه القاضي - أضيق من ولاية الولي . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقررة بشرط فيجب إذن المحكمة في القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة : في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ، وفي إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفي استثمار الأموال ، وتصفيها ، واقتراض المال للقاصر : وفي الإنفاق من مال القاصر

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التيميدى . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١٢٢ في المشروع التيميدى . ووافق عليه : من الجانب ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (خوذة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٣٢ - ١٣٣) .

على من يجب عليه نفقهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة ، وفي الوفاء بالالتزامات التي تكون على الشركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . وفيما يصرف في تزويج القاصر . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . ويأشر أهلية التصرف ولكن لا بد دائماً من إذن المحكمة . سواء كان التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . ويدخل في ذلك تحويل الديون التي تكون للقاصر . وقبول الحوالة عليه . والتنازل عن التأمينات أو إضعافها . والصلح والتحكيم . ورفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصي أن يباشرها ولو بإذن المحكمة : وإلى هذا تشير المادة ١٨ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن «تصرف الوصي في مال القاصر بصريق التبرع باطل» .

**١٥٣ - الصبي المميز :** يعتبر الصبي مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٦ على أنه «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة . يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» . ويقرر القانون في المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبي المميز على النحو الآتي :

« ١ - إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً » .

« ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون (١) » .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وعدته لجنة القانون الذي يجلس اليوم تعديلاً طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت في النص الذي وضعت لجنة المراجعة وهي « وكل غير مصاد بخون أو عته » . وأغلت في ذلك أن الخون والنه له أحكام خاصة تطبق في جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما تدلها المذكرة ( لائحة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١٥ - من ١١٦ ) .

ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولى أو الوصى فى الحدود المتقدم ذكرها فى حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون (١) ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون (٢)» . والقانون هنا هو قانون المحاكم الحسبية . وقد نص فى المادة الثانية منه على ما يأتى : «ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن لا يجوز له أن يجدد طلبه قبل مضى سنة من وقت صدور القرار النهائى بالرفض» . وتكفلت المادة الثالثة برسم الحدود التى يتصرف فى نطاقها الصبي المأذون ، فنصت على أن «للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة بما فى ذلك أعمال الصيانة الضرورية لحفظ الأموال المسلمة إليه . ويدخل فى أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الإدارة كبيع الحاصلات

(١) كان قانون المجالس الحسبية القديم يقضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يتبع من التصرف جازله تسلم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمنع من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فالس يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هى التى وصته تحت رقم المادة ١١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بجنون أو - ٥٠٠ - كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة ( بجمعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١٧ - - من ١١٩ ) .

وشراء ما ينام للزراعة (١) - ردا يجوز له بيعه بحد من محكمة أن يزول أعمال التجارة أو أن يؤجر المبنى أو الأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة . وكذلك ليس له أن يستوفى حقاً أو أن يوفى ديناً إلا إذا ترتباً على أعمال إدارته . ولا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً . ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه (٢) .

وبستثنى كذلك الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة السادسة من قانون المحاكم الحسبية على أن «القاصر متى بلغ السادسة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص . ولا يكون ضامناً لدبونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال دون غيره من أمواله الأخرى » .

**١٥٤ - البالغ الرشيد :** تقضى المادة ٤٤ من القانون المدني الجديد بأن « ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بشواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (٣) » . وهذه السن عامة لجميع المصريين ،

(١) يؤكد هذا النص ماورد في الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدني الجديد ، وهي تنص على ما يأتي : «ويد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم ترد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووداء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو النقل الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله » . ويلاحظ أن نص قانون المحاكم الحسبية قد أورد قيوداً على الحق في الإيجار والحق في استيفاء الحقوق ووداء الديون .

(٢) وقد نصت المادة ٤ من قانون المحاكم الحسبية بما يأتي : «على المأذون له بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الولي أو الوصي ، والمحكمة أن تأمر بإيداع التوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها » . ونصت المادة ٥ بما يأتي : «إذا قصر المأذون له بالإدارة في تنفيذ ما نصت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب تدعو إلى احتمال وقوع ضرر له ، جاز لمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة المدنية أو أحد ذوى الشأن ، أن تعهد من الإذن المطلق للقاصر أو نسله بإياه بعد دعوته لسماع أقواله » .

(٣) وقد نصت المادة الأولى من قانون المحاكم الحسبية على أن «القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة كاملة » . وتحسب السن بالتقويم الميلادي . ويجب أن تكمل إحدى وعشرون سنة ، فلا يكون الشخص كليل الأهلية إلا عقب انقضاء آخر فترة من هذه المدة .



مسلمين أو غير مسلمين . فتنى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أى كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لمجنوناً أو معتوهاً . فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال (١٣) . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفاهة ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفاهة . فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر . واختار المحكمة له فيما قد يكون غير الولي أو الوصي . فإذا بلغ القاصر من الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته . وكان له بذلك أهلية الاعتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبني . يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية . كذلك يقع باطلاً كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصي من القاصر الذى بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً فى الحساب (أنظر المادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية . وهى التى سنتكلم عليها فيما يلى .

- 
- (١) أو لأنه لا يؤمن على أمواله (أنظر المادة ٢١ من قانون المحاكم الحسبية) .
- (٢) وقد فصلت المادة ١٣ من قانون المحاكم الحسبية بأن «تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة مالم تنكح المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية لسبب من أسباب الحجر . إلا إذا بلغها معتوهاً أو مجنوناً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة» . وقضت المادة ٣٠ بأن تنتهى مهمة الوصي «ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغ هذه السن استمرار الوصاية أو مالم يبلغها معتوهاً أو مجنوناً تستمر الوصاية عليه ولو لم تقر المحكمة استمرار الوصاية» .

## ب - آثار الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)

١٥٥ - مصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان من الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعتة ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسرى أن من يغيب غيبة منقطعة بقاء عنه وكيل ، ومن حكم عليه عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهذا كله لا يدخل في الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ - المجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن «المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون (١)» . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون المحاكم الحسبية . وقد قضت المادة ٤٢ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ للمجنون أو للعتة أو للغفلة أو للسفه . ولا يرفع الحجر إلا بحكم» . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قياً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطله لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بعد عبارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأموال التحضيرية ٢ من ١١٩ - من ١٢١)

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (١) .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصى وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصى ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصى . وكالقيم على المجنون وصيه . أما الولي على المجنون فمثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ - **المعتوه** : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه وولي ووصيه كالقيم على المجنون وولي ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون (٢) . وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية

(١) تاريخ النسي : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢١ - ١٢٣) .

ويلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر - إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر - إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن العته يعدم إرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت ثبوته . ولذلك لا يطالب بإبطالها توافر التحايل على القانون أو النش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه لفسه إذا ما أريد لإبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أمر قرار الحجر على الماضي وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (محضر مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ملحق رقم ٥٣ سنة ١٨ قضية لم ينشر بعد) .

نسبى المميز . وقد سبق بيان ذلك (١) .

## ١٥٨ - ذو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من

القانون المدنى الجديد على أنه : إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبى المميز . فتثبت لهما أهلية الاغتناء ، وتنقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التى سبق ذكرها فى الصبى المميز . وتتعلم أهلية التبرع .

واستثنى فى أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرتا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنت المحكمة

(١) أنظر فى كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدنى الجديد ، وقد سبق ذكرهما . هذا وقيام حالة الغته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق به نواقض فى الشغوى ، لا يقطع فيه القاضى لرؤية محكمة النفس (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ من ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقرت قضاءها بقيام حالة الغته وقت التعاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تتأهب نوبات عصبية ويتبع فى بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للغته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً للغته والسفه بعد تعاقد ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف فواه العقلية ، فإن ما استدلت به على هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدى إلى أن المحجور كان معتوهاً فى ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر السبب متيناً قضاه (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ من ٣٥٣) . ولعل محكمة النفس قد تأثرت فى هذه القضية بأن المتعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع فى أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهى فى قضية أخرى لم تبد هذا التشدد فى استخلاص قيام الغته ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقرت قضاءها بإعلان عقد لته التصرف على شهادة الشهود الذين سمعهم وعلى فرائض مستفاد من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح فى حكمها أن يكون قاضى التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف «هل كانت حالة المريض حالة عته قانونى إلى الجنون فى الدرجة» ، وأجاب بأنه «لم يكن على هذه الحالة وقت لحظه بعرفى ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً فى بنيه وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون فى حالة تردد» ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلاً عن أن الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للعالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقضاء فى ضوء ما يديه الطبيب (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ من ٢٣٨) .

فيهما . وتنقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن « يكون التصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة في ذلك » . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة وفي الحدود التي سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة في هذا الصدد على السفه إذ تنص على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » ، فإن المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تشمل كلا من السفه وذى الغفلة إذ تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يقف أمواله أو يوصى بها متى أذنت المحكمة بذلك ، وكذلك يجوز له بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، فإذا أذنت المحكمة بذلك سرت عليه أحكام المواد ٤٣ و ٤٥ من هذا القانون (١) » .

هذا هو حكم تصرفات السفه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي في الأصل صحيحة . لأن انتفاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً (٢) .

لكن يقع كثيراً أن السفه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغلها بها ويبتز أمواله . ففي هاتين الحالتين - حالة التواطؤ وحالة الاستغلال - يكون تصرف السفه أو ذى الغفلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال

(١) . يلاحظ أن مشروع القانون المدنى سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية إلى مجلس الشيوخ ، فلم يتمكن هذا المجلس من التنسيق ما بين القانونين في هذه المسألة ، فوجب إعمال نصوص كل منهما .

(٢) محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نونبر سنة ١٩٤٢ المخاماة ٢٤ رقم ٧٨ من ١٩٧ .

الإدارة . وهذا ما استمر عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم (١) ، وأكده القانون الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتي :  
وأما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال

(١) محكمة استئناف مصر الوضعية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ من ٤٥ - و  
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ من ١٦١ - محكمة استئناف أسبوط في ١٦  
نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ من ٦٣٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠  
م ٢٢ : ٢٥٢ - وفي ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٧ . محكمة الجيزة في ٩  
أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ من ٥٠٢ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها في  
ظريفة القعد للوثق من ٣٤١ هامش ٣ - واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : هـ  
مدني في ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ علة القانون والاقتصاد ٣ من ٤٨٧ - من ٤٩٢ - وفي  
يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد - وقد قضت محكمة النقض  
أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت ظروف التصرف الصادر من المصرف قبل توقيع  
الحجر عليه للسفوف وفي فترة طلب الحجر ، واستدلّت بها على أن المشتري غشوه فذهبوا به بعيداً  
عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، ولم على علم بالإجراءات المتبعة لتوقيع الحجر عليه ، لكي  
يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسي بالحجر ، «تقادمهم حتى يقض منهم قبل غل  
يده ما مدفوعة له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون قد أغامت قضاءها هنا  
على مقدمات تنتج وهي قيام التواضع بين المصرف لهم والمصرف مع علم المصرف لهم بما كان  
يتردى فيه المصرف من سفوف وانهزام فرصة سفوفه للآراء من ماله حين كانت الإجراءات  
القانونية تتخذ لحمايته - وحتى كانت القرائن التي أخذت بها محكمة الموضوع في إثبات علم المشتري  
بمخالفة سفوفه البائع مؤدية عقلاً إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض منها (هـ)  
مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ من ٢١٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفي على البيع ، فلما علمت  
زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسي توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشتري إنذاراً حذرنه  
فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ ، وهذا الشراء بالعقد العرفي عن طريق  
عقد رسمي ، وقرر المجلس الحسي بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة القعد ،  
وأوردت في حكمها ظروف اتصاف وملاصاته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً  
سليماً أن الصفقة لم تتم عن توافق وعش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد  
بالقعد العرفي قبل الحجر ، وأن القعد الرسمي اللاحق لم ينشئ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً  
للقعد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدني في ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر  
٣ رقم ١٢٥ من ٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفي قبل أن يعلم المشتري  
بإجراءات الحجر ، ولم يكن القعد الرسمي اللاحق إلا تنفيذاً للقعد العرفي السابق .

إلا إذا كان نتيجة استغلال أو نواطؤ (١) » .

وينصب القيم على السفه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة . بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفه وذى الغفلة كوليته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر . وقد تقدم ذكر ذلك (٢) .

**١٥٩ - الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية :** وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية . ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور . وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية .

فالغائب . كما نصت المادة ٥٠ من قانون المحاكم الحسبية . « هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته . أو تكون حياته محققة وسكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف القاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه

• (١) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من القانون المدنى الجديد : (أولاً) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص فى المشروع المبدئى . وحة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ — (تأريخاً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص فى المشروع المبدئى . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى ، وكان مقصوداً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توجيهاً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بأقسام الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٣ — ١٢٨) .

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار » . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ اقترح جده أنه حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٦ — ١٢٧ فى المامت) .

(٢) ومن ثم فقد نصت المادة ٤٥ من قانون المحاكم الحسبية على أن « تصرف القيم فى مال المحجور عليه بطريق الترخ بطل » . ونصت المادة ٤٦ من هذا القانون على أنه « يسرى على القيم حكم المادة ٣٣ من هذا قانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على القوامه ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » .

أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تعطل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ « الغائب » لا لفظ « المفقود » لأن اللفظ الأول ينطوي على معنى أعم من المعنى الذى ينطوي عليه اللفظ الثانى . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحي هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٥١ من قانون المحاكم الحسبية بأنه « إذا ترك الغائب وكيلًا عامًا تخضع المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى . وإلا عينت غيره » . ثم قضت المادة ٥٣ من هذا القانون بأن « يسرى على الوكيل عن الغائب حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على الغيبة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » . وقضت المادة ٥٢ من القانون ذاته بأن « تنتهى غيبة يزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قياً تصدق عليه المحكمة . أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختار أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته . فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى (١)

(١) وقد جاء فى كتاب « شرح القانون المدنى » لفتحى زغلول ( ص ٣٧ - ص ٣٨ ) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يجوز رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .



١٦٠ - المساعدة القضائية . وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدني الجديد ، فص في المادة ١١٧ على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم . أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته . جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

« ٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد . إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (١) » .

أما قانون المحاكم الحسبية فقد نص في المادة ٤٧ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك» . ونصت المادة ٤٨ من هذا القانون على أنه «يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة فيها يصدر من الشخص الذي حكم بإقامة مساعد قضائي له بغير معاونة هذا المساعد : إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة» . ونصت المادة ٤٩ من القانون ذاته على أنه «يسرى في تعيين المساعد القضائي وفي عزله ما يسرى في تعيين القيم وعزله من أحكام . وكذلك تسرى على المساعدة الأحكام الأخرى الخاصة بالقوامة » .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتي : « يكون قابلاً للإبطال كل تصرف يصدر من شخص تقرر مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد في المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية في بيان حالة من يجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال قاصراً على التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذه الاقتراحين لأن أولهما يرمي إلى استكمال الأحكام الموضوعية في القانون فيما يتعلق بانتماء الأهلية ، والثاني يقيد النص تنقيداً انصرف إليه نية واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرتها اللجنة ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ س ١٢٨ - س ١٣١ ) .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تقرر لاجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية . فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية . ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تقرر لتصرف بالذات أو المجموع من التصرفات المعنية . وينظر في ذلك إلى ظروف من تقرر مساعدته وإلى خطر ما تقرر المساعدة القضائية فيه أو إلى وقته . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونته المساعد ، كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرر له المساعدة ، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التي تنبع في تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالتقوامة .

## المطلب الثاني

### عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ — مذهب عيوب الإرادة : اشتمل المشروع التمهيدى على نص

هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع . حذف في المشروع النهائى ، وقد جرى بما يأتى : ولكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انزع رضاه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية (١) .

---

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسى الإبطال . وكانت المادتان ١٣٢/١٩٣ من القانون المدنى القديم تنصان على أنه : « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس » . وهذا ما سنلت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى في جة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقررها مصوص عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٤١ في الخامس ) .

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة. فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنها في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة

وننقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن عيوب الإرادة ، ومنها بين ما استحدثه القانون الجديد : « تتضمن النصوص المتعلقة بالعين أم ما استحدثت المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضا . فقد اقتضت هذه النصوص أثر التدفقات الحرامانية والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وجعلت من العين سبباً عاماً للبطالان النسبي وانتقاس المفقود إذا أتيج لأحد المتعاقدين أن يستأثر برغ فاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن أعماله ينشئ إلى تحكم القاضي . بيد أن في سابقات التشريع ما يمنع عن التعاضد عن هذا النقد والأطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . والتدقيقات الحديثة ، وفي طليعتها التقنين الألماني والنقص السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولوني والتقنين اللبناني والتقنين الصيني والتقنين السوفيتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعة المحافظة ، تعمل جميعاً من العين سبباً عاماً للبطالان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضي في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضي الذي يتولى في حياته التوجيه تقدير الغلط الجوهرى والنية الحسنة والباطل المشروع والضرر الحميم والباطل المنعك وما إلى ذلك . على أن النس في العين يوجه عام لا يستلزم أطراح الأحكام التقليدية الخاصة بضرر معينة منه بعد فيها عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الحكم محل الكيف ، كأحوال العين في البيع والقسم والانفاق على سعر الفائدة — وبراعي من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزئية الدائنة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصري الحال ، كالغلط المشترك والغلط في العاقل وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلاً يكفل زوال الخلاف القائم من النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقنين الحال (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى ككوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يعطلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعى في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه . سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر في صحة العقد . وقد قضى للمشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التفاضل الملب الذي تطوى عليه نصوس التقنين الحال (القديم) . . . بأن احتكم إلى معيار شخصي بحث ، قواه الامارات بحسب المكونه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل طرف آخر من شأن أن يؤثر في به ما يقع عليه (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٣٩-١٤٠) .

تعلقت منحها . وما يصدر من اجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة . إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترتب على هذا التمييز الجوهري أن العتد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود . أو هو عقد باطل . أما العتد الذي يقوم على إرادة معينة فهو موجود لأن الإرادة موجودة . ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله . فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد . ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها . يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة . فلا يكون لها سلطان كامل .

ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط وتندليس وإلزام كراهة فالاستغلال .

## ١ § - الغلط (\*)

( L'erreur )

١٦٢ - تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمّل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا

(\*) نفس المراجع : ريكاردو فوبيني (Riccardo Fubini) في الحقبة روح النوبة ١٩٠٢ من ٣٠٦ - جوسران في الساعات في الأعمال القانونية من ٣٠ وما بعدها - دورى (Maury) : الغلط في المادة في عقود العاونة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان من ٩١) - جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ من ١١٥ - سيليس (Celice) مارس سنة ١٩٢٢ - جودفروي (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ - موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ - هسي نورليون سنة ١٩٢٦ - مارت فورنييه (Marthe Fournaier) ديجون سنة ١٩٣٦ - دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ من ٣١ - والتوت ١ من ٢٢٨ وما بعدها - نظرية العقد لمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها - إدكتور حلي بيتر بدوى فقرة ١١٩ وما بعدها - إدكتور حشمت أبر سنيت فقرة ١٥٢ وما بعدها .

التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط . ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نحصص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ - **الغلط المانع** : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع . طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي ، في ماهية العقد . كما إذا عطي شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذانية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداها والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى . أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع بعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود . والعقد باطل أي منعدم . وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث . فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صفة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

١٦٤ - **امتزاج الإرادة الظاهرة عن الباطنة** : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة . فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما يينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة (١) ، بل كلام في الإرادة ذاتها . أي في وجودها لافي صحتها . فيجب

(١) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة ونستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد أرجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ونسكن إيت كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غامضاً ، فلهازل والشخص الذي يفسر غير ما يظهر في حالة التصفظ الذهني (réserva mentale) كلاماً تختبئ إرادته الظاهرة عن إرادته لباضة دون أن يكون واقعاً في غلط .

استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث (١).

## ١٦٥ - الغلط في النقل أو في التفسير : والغلط الذى يعيننا بحده هنا

هو الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté). وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها. وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interprétation). والفرق بين الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذى يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة (٢).

(١) وقد يقع الغلط في الإرادة الظاهرة كما يقع في الإرادة الباطنة . والغلط الذى يقع في الإرادة الظاهرة ليس هو مغايرتها للإرادة الباطنة ، بل هو عبط يقع في التعبير عن الإرادة ذاته أى في الإرادة الظاهرة . ويأتى سالى مثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيع الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط في الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو المبيع ، فقال أبيع حصاناً أبيض ، كان هناك غلط في الإرادة الباطنة لا في الإرادة الظاهرة . والقانون الألمانى يعمل القصد قبل الاتصال لكسب من هذين النوعين من الغلط (أنظر في هذا الموضوع سالى في إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها - نظرية القصد للؤلؤف ص ٣٥٩ هامش رقم ٤).

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى عا يأتى : « تسرى الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين معرفة » . وقد حذف هذه المادة في المشروع الهائى لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ في الهامش) . والنص المحسوف مع ذكرته الإيضاحية يوم أن الغلط في النقل أو في التعبير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون حياً في عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد القصد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة في حالة التعريف في النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألمانى) ، فيكون القصد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والتفاه المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر القصد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاًقرة ١٢٢ في الهامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تنشأ مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تنشأ مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مشو لا نحو المتعاقدين الأول إذا انعقد القصد ، أو نحو المتعاقدين الآخر إذا لم ينعقد . ومن قيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في =

١٦٦ - الغلط الذي يعيب الإرادة: ويبقى . بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط . الغلط الذي يصيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكوين الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا أعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون

== انتقاد النقد ولا في صحتة . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه « لا يؤثر في صحة العقد عرء الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح العداء » (أنظر المادتين ٥٣٦ / ٦٥٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد الصلح — وقد ورد نص القانون الجديد في المشروع التمهيدي تحت رقم المادة ١٧٠ . وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، بنسخة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم مادة ١٢٣ ، مجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٦٤ — ص ١٦٦) . والقضاء المصري مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الرقنية في أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الترائع ٢ من ١٣٩ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٥٦ — وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٦٤ — وفي ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٦٥ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ من ٣٦ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٢٤ — وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المفاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كثر هذا الغلط طاهراً في الأرقام الناتجة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المفاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المفاس والحساب النهائي عن المفاولة بعد إعانها ما دام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بصل المفاس والحساب نيل ووقع عليه بالاعتماد ، فقد اقتضت مسؤولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرف (نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ من ٩٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة المصوغ قد تبينت من واقع الدعوى أن السابغ الذي هر محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقى عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شاركه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل «الغلط المادي» الواقع حال تحرير التحرر المبني للتعاقد لا الغلط المعنوي الواقع حال نكوتن الإرادة المبررة بقرضاء (نقض مدني في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ من ٥٠٣) .

غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسى يستكن فى الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به التعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل به التعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .  
خلص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به التعاقد الآخر .

فتتكمّل إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع . ٢ - كيف يتصل التعاقد الآخر بالغلط (١) .

### ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع

#### ١٦٧ - معيار الغلط الجوهري فى القانون الفرنسى وكيف نظوره

من معيار موضوعى الى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة التعاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد . وقد سبق أن بينا الخلل الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشىء محل الالتزام الناشئ من العقد . وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى بالباطل الواقع فى مادة الشىء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص التعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١ - غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام . ٢ - غلط فى قيمة الشىء محل الالتزام . ٣ - غلط فى شخص التعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ - غلط فى الباعث على التعاقد .

(١) وثبتت وصفاً للباطل مسألة موضوعية بغلط ذاتى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نفسى مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ من ٥٨٦) .



ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تسبق بما تقتضيه الحياة العملية . وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) . أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط . بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى . وتستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات . تبعاً لملازمات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى . فراه واضحاً في تفسير عبارة «الغلط في مادة الشيء ذاتها» الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمسادة التى يتكوّن منها الشيء ، ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى

(١) أطر في هذا الذي دبراشير ١٠ نمر ١١٤-١١٦-ماركاديه ٤ نمرة ٤٠٧

ورو (١) . فقد أخذنا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة : فذهبنا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمعارف بين الناس . ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن ينتق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأتاذلوران ، في عهد ثالث . المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المتبعة فيه (٢) . واقفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها (٣) . وذهبت الأساتذة بلانيول وكولان وكايتان وجوسران إلى هذا الرأي (٤) .

فالمعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المتبعة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فينتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط في «مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المتبعة عنده . فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعيبه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل النفع والقضاء في فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualité substantielle) : أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة . فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في

(١) أنظر أوبري ورو : فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٢) لوران ١٥ فقرة ٨٨ : .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥ .

(٤) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ٦٩ -

حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معينة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

## ١٦٨ - معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي :

وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤/١٩٤ من القانونين الوطني والمختلط تنصان على أن «الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد» ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : «متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل محل اعتبار في الشيء عند التعاقد» (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي . وقد نقات لا عن نصوص القانون الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره (١) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه «إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له

(١) أنظر في الفقه المصري دى هانس الجزء الأول لعقد (convention) فقرة ٥٦ - هانلون ١ من ٣٨٧ - أنجي زغلون من ١٣٢ - والتون ١ من ١٦٥ - س ١٦٦ - الدكتور عبد السلام دهي بك في الالتزامات فقرة ١٢٧ - الدكتور محمد صالح بك في الالتزامات فقرة ٢٦٨ - الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها - الدكتور حمى بهجت بدوى فقرة ١١٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر في القضاء المصري محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ من ٩٢٣ - محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ - محكمة الهيئة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ من ١٤٠ - محكمة الانتداب المخططة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ من ٩٩ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ من ٥٦ - وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ من ٢٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١١٩ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٣٢٥ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٤٢٦ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٤٢٨ - وفي ٣٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ من ٢٦١ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٤٤ .

أن يطلب إبطال العقد ... (١) . ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : « ١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ٢- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : ( أ ) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . ( ب ) إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد ( ٢ ) » .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتى . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى ينبغى ، في نظر المتعاقد الذى وقع في الغلط . حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشئ وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار

( ١ ) أنظر المادة ٢٣ من دون الالتزامات السويسرى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يلى عند الكلام في الغلط المشترك وفي الغلط الفردى ( فقرة ١٧٦ ) .

( ٢ ) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١٥- يكون غلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع لطرف لدى وقوعه عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط وقدر الأمور تقديراً مقبولاً . ٢- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص في الأحوال الآتية : ( أ ) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية . ( ب ) إذا وقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى في التعاقد . ( ج ) إذا وقع الغلط في أمور يعتبرها المتعاقد الذى يتسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد لما تقتضى به طبيعة التعامل » . وحذفت لجنة المراجعة آخره ( ج ) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه حالة مع الخالفين السابقين يكاد يعطى بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ عبارة « وقدر الأمور تقديراً مقبولاً » من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضى ، وحذفت عبارة « السبب الوحيد » من الفقرة الثانية حرف ( ب ) لأن في عموم عبارة « السبب الرئيسى » الواردة في الفقرة ذاتها ما يجرى عنها ، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( أنظر مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ١٥٥ - ١٥٨ ) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسى لإبطال والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى .

المتعاقدين . وإذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لنتم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراهما جوهرية وفقاً لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهيدان - إذا لم نهتد من طريق آخر - إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك . فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية التعاقد الآخر ، وأن يتحسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشترى من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ - على أى شيء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لافى صفة الشيء وفى الشخص فحسب ، بل أيضاً فى القيمة وفى الباعث (١) . وانعيرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع فى هذا أو فى ذلك . ونستعرض الآن الغلط فى هذه الأحوال المختلفة .

(١) وقد ساء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التيهيدى فى حدد المادة ١٢١ ما يأتى : « وينبغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن ينشأ تقدير الغلط بمعيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى فى هذا الشأن إلى تطبيق ثلاثة تقديرات فى نصوص الشروع : (أ) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع فى صفة للشيء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما لايس العقد من ظروف ولما يسبب أن يسود التعامل من حسن النية . وفى هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بمامل شخصى هو حسن النية وبمامل ماذى قوامه الظروف التى لايتس تكوين العقد . (ب) والثانى ينص بالغلط الواقع فى ذات شخص التعاقد أو فى صفة من صفاته ، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . والمعيار فى هذا

## ١٧٠ - الغلط في صفة جوهرية في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط

الجوهري على الغلط في وصف الشيء . فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصري في طر القانون القديم - والقانون الجديد أن مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا - أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم بطلانها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع (٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار . وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام . فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع (٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء (٤) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ؛

== القرض شخصي بحث . (ج) والثالث خاس بالغلط الواقع في أمور يعتبرها من يتسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تنص به التראה في التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حدثه لجنة المراجعة كما قدمنا في تاريخ من المادة ١٢١) . وقد تتطوى صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يجب الرجوع ، عند الإتيان ، إلى عنصر موضوعي أو مادي بحث ، هو عنصر تראה التعامل . وينضج من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصي بحث ، إلا أن تيسر الإتيان قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصي والمادي . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤٣) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .

(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٦ - جازيت ٦ ص ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وانظر حكماً ثالثاً في ١٧ مايو سنة

١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٢٥ - وحكماً ثالثاً في ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية . أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (١) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن . ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير . فشرع عدم ضمان الحيل يطل في هذه الحالة (٢) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٣) . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٤) .

١٧١ - الغلط في شخص المتعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في شخص المتعاقد . فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود الترخع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع في ذات المتعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هي الدافع

(١) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ - وانظر حكماً آخر في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر في التمييز ما بين الغلط في الشيء والعيوب الخفية نظرية العقد للمؤلف لفترة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى الغيب في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٤٠٢/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تنقادم باقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .

(٢) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ١٠٤ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط

٢٥ ص ٢٨٥ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧

إلى التعاقد كأن يجب شخص آخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك . وكأن يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا رية فيه فيتضح أنها امرأة تعرف العهدة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها في المنزل . وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع في عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه (١) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل نواقع لا من مسائل القانون . ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتي . وهو المعيار الذى يطبق في جميع نواحي نظرية الغلط .

**١٧٢ - الغلط في القيمة :** رأينا أن النظرية التقليدية لا تقم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما إذا سائرنا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى . وطبقنا معيار الغلط اخوهرى على الغلط في القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص شيئاً بقيمت الفعلية ، وكان يجهل أن هذا المسم قد ربح جائزة كبيرة . كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختطة ، في قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة . وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف . ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذى يطالب به . بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل (٢) .

(١) أنه في هذه الأمثلة وفي غيرها نظرية عقد الدولة لفرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٧ .  
(٢) ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٤٢٦ - جازيت ٧ م ١٣٥ رقم ٤٠٠ - وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٢٦١) . وفي قضية كان الدين فيها مطلقاً المدعى مسئلة المصرية ومدعى الدائن بالعملة المصرية =



### ١٧٣ - الغلط في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين

الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا أثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عتبتا تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمقتضى التقليد ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إقرار نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصه في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (١) . أما الغلط في الباعث ، وهو الذي

وقبل يمثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه الملة محضاً أن الاخلاق يطلى المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالملة المصرية ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر المملتين في اليوم الذي كشف فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨٨ ص ٧٦) . كذلك إذا استوفى الدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرراً لقمه المدين في كل المدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢٢ ص ٢٣٥) . أنظر أيضاً في الغلط في القبة محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦٦ ص ٢٢٤ ، وفي الغلط في عقد التصاريح محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤٦ ص ٢٦١ — وحكماً ثانياً في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٦ ص ١٠٣ — وحكماً ثالثاً في ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى تنضى بغير هذا المبدأ في نظرية العقد للوفاء ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط في القبة والعين يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد المدين يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذي يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية وقبل العين بالرغم من ذلك .

(١) أنظر ما جاء في نظرية العقد لدولف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن بصطلاح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول لثاني جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا للكل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى يتنازع الوارث في الوصية وينتهي بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقي في أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به ، فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا يتنازع فيها ، لذلك أختم الموصى له العين الشائعة وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملاً بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمقتضى التقليد .

لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية . فثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض وبعقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت . ولا يستطيع أن يطن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة . وطبقنا معيار الغلط الجوهرى . كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يحجز للبائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

ونرى من ذلك أن التمييز بين قاعماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط

---

(١) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يحضر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغي ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موطب منزلاً في مدينة معتقداً أنه سيقفل إليها ثم يبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينبغي ألا يؤثر في صحة العقد ولا تعرض العامل لحظر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه الطرفة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض العامل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن التعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسرى فيما يلى أن الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه التعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعم العامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثبتين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هى التى دفعت المشتري إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التى دفعت المشتري إلى الشراء إنما هى واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — وما دام المستأجر ، في المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه قتل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن القتل الذى دفع الموصف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث - فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً . وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويقرن على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المخلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

(١) أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانيول وريير ربولاجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثاني فقرة ٢٠٥ وفترة ٢٩٩ وفترة ٣٠٤ وفترة ٨٢٤ - أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى في هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ١٣٠ - الدكتور محمد وهبة فقرة ٢٦٠ وفترة ٣١٨ - قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ - وقارن والتون ١ ص ٥٢ - ص ٥٣ - ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث ( في ظل القانون القديم ) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء أو في الشخص ( الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٥٩ ) . ومنهم من يبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهمه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي ( قابلية العقد للإبطال ) لا البطلان المطلق ( الدكتور حلمي بهجت بدوى ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ - ص ٢٣٤ ) . أنظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته في الالتزامات ص ٤٢ - ص ٤٣ .

ورى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتدخلها بعضها في بعض ، تبقى الحلول القديمة دثة بالرغم من أنها تصرعن مباشرة هذا =

هذا التناقض المعيب ثوقاه القانون المصرى الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب . وانبئى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة . فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تنطبق أحكامها على هذه المنطقة . فىكون الغلط فى كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوٲ يجعل العقد باطلاً ، فالسبب الذى يجعل العقد باطلاً فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (١) .

## ١٧٤ - الغلط فى الرافع والغلط فى القانون : وفى كل ما قدمناه من

تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى . سواء وقع الغلط فى الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث . لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون . فما دام جوهرىاً . أى مادام هو الذى دفع إلى التعاقد . فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون

== التطور . فقد كان مسافق ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبئى على ذلك أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية فى الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط فى الباعث يؤثر فى صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يززع سلامة التمييز ما بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى والغلط فى الباعث ، فلا يزال الغلط فى الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط فى الحالة الأخرى فأثره بقى مختلماً عن أثره فى الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقى التمييز سليماً ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هى أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث فى النظرية الحديثة ، صار متعباً أن نجعل حكم الغلط فى السبب هو حكم الغلط فى الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقى التفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالاً إلى ما حدث من التطور .

(١) وسرى عند الكلام فى نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوٲ (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

هذا وبلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط فى السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط فى الباعث فىكون العقد قابلاً للإبطال فى الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط فى السبب بمعناه التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالنقض الجاسر الذى يقصد للمتزم الوصول إليه من وراء التزاه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكون العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سئرى عند الكلام فى السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

المدنى الجديد إذ تقضى بما يأتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره (١) » . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال (٢) .

والذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : « لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخجل بها بدعى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر فى ذلك . ويدخل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التهديدى على الوجه الآتى : « الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع التالى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلاً فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٤ ) .

(٢) دى هانس لفظ (convention) فقرة ٦٠ - والتون ١ ص ١٨٦ - ص ١٨٩ - الدكتور محمود وهبة فقرة ٢٦٢ - الدكتور عبد السلام ذهبى بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشيء يفسد الرضاء لا فرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع ( ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ ) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة المأثر لمعار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط فى القانون ( ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ ) ، وبأن إضفاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمنت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة ( ٤٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ ) .

في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى نفوذه هو ٧ في المائة . فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة . بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام . فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط واتمسك به لطلب إبطال العقد . إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه « ولا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون (١) » .

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صلح الدائن المدين على مبيع الدين وكان الدافع لهذا الصلح تزعم الدائن بدار الدين ( استئناف غلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢٦١ ) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز في صدد المادة ١٢٢ مكرر : « قصد المشروع ... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بتعكس غلط في القانون . فكثيراً ما يتعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان التي سبقت من فعدة الفراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالعلم العام ، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا - وهو الأمر - يتعلق بمسألة يكون الغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن العقد في الواقع من حيث ترتيب بطلان الصلح ، ما لم ينص القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلاً في عقد الصلح . وقد جرى قضاء عسرى على ذلك : أنظر استئناف غلط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٣٤٤ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢٠٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ من ٢٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٥٩ ) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلًا لتجاسف ، فهذا هو الذي يحتج به . أما الغلط في المسائل الختلفة عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد ( محكمة الاستئناف المختصة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٢٦ - رفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٣٠٢ - رفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١ ) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجع وأياً على رأى خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون ( محكمة الاستئناف المختصة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٥٦ ) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، وجرى تعامس الساس على مقتضى الرأى الذي - عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأى آخر . في مثل هذه الحالة يجوز اعتبار =

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصته إلا بعقد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق الغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاه الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون (١) .

## ب - كيف يحصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ - **الغلط المشترك** : لم نعرض في كل ما قلناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري .

= **الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد** (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فبسي نور ص ٧١ - ص ٧٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه يبنى على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد متكوي حريق حدث بقطار سكة جديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزنة المديرية ١٥٠ جنينها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفاً هذا أي حق في مطالبتها بغير ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المتركان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الجديدة غير مشوبة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد لاحق له فيه ، هو حكم مخالف للقانونين ههنا . وذلك لأن الأمر الذي يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسؤولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسؤولية لا ينطبق بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من بين القضاء ، فبذلك لا يثبت الإقرار بالغلط المستوجب للفساد رضاه المقر ، ويعين إذن إحسان الإقرار وأخذ صاحب به (تقريب مدني في ٣ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٢٩٤) .

(١) - فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٢٩ .

ولكن هل يبقى التعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه . والمعيار كما قدمنا ذاتي : وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر : وهو بعد لم يدخل فى سريره فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكتفى . بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن المتعاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فى هذا الغلط ، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد . فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه . ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلل المعاملات وعده استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور . وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع . فلا يكون هذا الغلط مشتركاً . ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفتاج البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشتري . هذه هى نظرية الغلط المشترك . وهذه هى الحجج التى يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتمشى مع المنطق . ولا تنفق مع العدالة . ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العلى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر : لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون التعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذ شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع التعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع .



وأما أن النظرية لاتتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن التعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه التعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينبه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً . وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من للتعاقد الأول . ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً . فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهي أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون التعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

**١٧٦ — الغلط الفردي الذى يتصل به التعاقد الآخر :** يمكن إذن أن يكون الغلط فردياً (١) . ولكن إذا كان التعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب : حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقتضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد ، فهى تنص على أنه «إذا وقع التعاقد في غلط جوهرى ،

(١) وقد سارت محكمة النقض في هذه النظرية إلى النهاية ، فاكنت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بموئى تطبيقاً لقواعد السولية التقصيرية . فاضت بأنه إذا أثبت التعاقد أنه كان واقعاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد لمشاركة ، حكم له بطلانها ولو كان التعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نية ليس من شأنه أن يقيم مشاركة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغلط حقاً في موئى إن كان يستحقه طبقاً لقواعد السولية . فإذا قضى الحكم بطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقة على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقة كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرر علم مصلحة الضرائب بطلانه (قضى مدنى في أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ من ٥٨٦) . ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقدين العادى . فهى إذا لم تعلم بطلان الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن دلت عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

جائز له أن يطلب إبطال العقد إن كان للمتعاقدين الآخر قد وقع مثله في الغلط .  
أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقدين الذي وقع في  
الغلط للمتعاقدين الآخر بدعوى الغلط . ولزم أن يبطل العقد . فإن المتعاقدين  
الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك . والمخطيء هو المتعاقدين الأول الذي  
أحمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقدين الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب  
إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض . وخبر التعويض في هذه الحالة  
هو بقاء العقد صحيحاً (٢) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقدين الآخر

(١) تاريخ المس : ورد هذا المس في المادة ١٦٧ من المشروع التيمم على الوجه الآتي:  
« إذا وقع المتعاقدين في غلط جهري وقت إبرام العقد ، فيجوز له أن يتسك بالبيان إن كان  
المتعاقدين الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ . قد جره بخوفه إلى الوقوع في الغلط ، أو كان واقفاً  
مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك . وقد حذفت  
حالة مراجعة عدل » ولو لم يرتكب خطأ . قد جره بخوفه إلى الوقوع في غلط . فإن هذه  
العبارة تفسر حالة يدر ونوعها وردت تحت حالة من الحالات الأخرى ،  
وحذفت عبارة « وقت إبرام العقد » لانه ضرورتها . وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع  
القديم . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما مادة القانون القديم التي تنص على  
عدم تردد عدل وقت وقوع الغلط كإحدى أسباب حيل وبيع رطب ١٢٠ ، وقالت في  
تفسيرها ما يأتى : « اقتبح الإعراس عن تعريضه لفساد المشتري كما تقرر في المادة ١٢٠ من  
المشروع ، ولم تراع اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة عدم الرد في إطلاقها تخل  
باستقرار المعاملات وتفسح المجال لتسرب من الادعاءات والمناجات العقد الإجماع على وجوب  
توثيقها . ومن المشروع في عدم تمتع مع الفرية التنفيذية ، ولا تزال هذه الفرية صالحة  
للمعمل بها . فهي تؤدي إلى تحميل نفس نتائج التي حصل إليها الفقه الآن عن طريق نصريات  
أخرى ، وهذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهي بعد تنعكس فروضاً مختلفة في الغلط إذا كانت  
تشارك جميعاً في أن الغلط بها مطلق لانه لا يخلو منها في بقية الأحكام . فالغلط إذا كان مشتركاً بين  
البائع والمشتري كان البائع حسن النية ولا تنعكس إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشتري  
بالغلط والبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سبب نية ويلزم بقاء إبطال العقد بالتعويض  
وهذه حالة أدور . تكون إلى التديس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط  
المشتري وقد يكون في الظروف في هذه الحالة ما يعبر عنه باعتباره مقصراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا  
التقصير . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ١٤٠  
— ص ١٥٤) .

(٢) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض . إذ أن العقد هنا لم يتم على  
إرادة المتعاقدين احتجب . لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتسك بإبطال العقد . بل قام  
العقد على أساس تصرفات عملية تبرهن . واستقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى

لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مسيء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً (١) . وبمخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً . أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتناقى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعيم بأنه فوجيء بطلب إبطال العقد . فقد ثبت (٢) أن هذا المتعاقد الآخر كان

= أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذي تختل فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذي لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، ولا يقوى العقد في كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة الشروعة .

وواضح في كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتدنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ في الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردي كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر مادام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطاح سنديك تاجر مفلس على دين للمفلس في ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجمل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التي اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لاتعلم بجمل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط ( ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٢ ص ٢٥٠ ) .

(٢) والذي يدعى الوقوع في الغلط هو الذي ينهض بسببه الإثبات . وثبت وقوعه في الغلط واتصال التعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه ثبت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذي وقع فيه غلطاً لا يفسد من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يعد أن يكون التعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المتفر ( erreur excusable ) والغلط غير المتفر ( erreur inexcusable ) . فالغلط المتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المتفر فيفرض فيه أن التعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير متفر كان هذا قرينة قضائية على جهل التعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو في الثانية سوء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير بالإبطال (١) .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط

(١) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التيهدي كانت تنص على حالة رابعة أغفلها المشروع النهائي لأنهم تدرج في الحالات الأخرى ، وهي حالة مازنا ، كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جبر المتعاقد الأول بموقفه إلى الوقوع في الغلط .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيهدي ما يأتي : « كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين في مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن القاعدين معاً ، والاجتزاء بالغلط الفردي . وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردي بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفي التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جبر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون علماً بموقعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر في هذه الفروض الثلاثة يسبب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقى بمزول عن ظروف النمط ، بأن وقت موقعاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به ، أو يتبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تعويض هذا التعاقد ، عملاً بنظرية الخطأ في تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألماني ... ما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أبسر من ذلك ، فبدلاً من أن يغول من وقع في الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه في ذات الوقت بتعويض ما يصيب التعاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجدى تعويض لهذا التعاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد ... هذا وينبغي التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذي يبرر لإبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه التعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون في مقدوره أن يعلم به ، قد ياقب اصطلاحاً « بالغلط المنفر » . ويصبح الغلط « غير منفر » ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد التعاقدين دون أن يشاركه فيه التعاقد الآخر ، أو يجبره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثاني) أنه لا يعتمد بهام العرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط لحب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبراء العقد ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ - ص ١٤٣ ) .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد ، باشتراطه اتصال التعاقد الآخر بالغلط ، وبإخاذه قرائن موضوعية لإثبات الغلط في ذاته ، قد تخفف من الرعة النفسية المفرقة التي تميز نظرية الغلط في المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة في هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه امتداد تبرره الرغبة في استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء في مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التي تبين الغلط وبين اتصال التعاقد الآخر بالغلط . فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تبين الغلط وتثبت اتصال التعاقد الآخر به في وقت واحد .

على النحو المتقدم . فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول (١) .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد . هي ألا يتمكن التعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هذا، وحتى يتيسر للتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو البائع الذى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشيء، حتى يثبت بذلك علم التعاقد الآخر بالذوائع التى ساقته إلى التعاقد، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان وأما فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن التعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

ونس القانون الجديد واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون التعاقد الآخر واقعاً فى ذم الغلط الجوهري الذى وقع فيه التعاقد الأول، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهري أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهري هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد (dans le champs contractuel) . وأن من الممكن أن يتف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تغيير كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر، إذ التفصيل يرسم فى ٦ من صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث، ولعلاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظرى منها إلى الشرع العملى .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالمادة الأولى، وهى حالة الغلط المشترك، لا محل فيها للتعويض على التعاقد الذى وقع فى الغلط . وبسببه أن يبطال العقد، ما دام التعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان — وهما حالة علم التعاقد الآخر بالغلط وحالة سهولة تبينه للغلط — فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية التعاقد الآخر فى حالة علمه بالغلط، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط . (أنظر بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب مثلاً فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

## ١٧٧ - تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أموال

**الغلط المختلف:** ويحسن أن تطبق نظرية الغلط الذي يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة - الغلط في الشيء والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في الباعث - حتى نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين وليكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أخرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان في استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتي : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً ، فلا يجوز له أن يرفع دعوى ببطالان البيع للغلط لأنه كان يجمل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والغلط في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط التي يوجب الإرادة . أما إذا أخذ بما استجدته الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر في صحة العقد هو اخلال في الدافع الرئيسي للتعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاسم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديد الدين ضالاً ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسد ما اعتقد أنه باق من الدين في ذمته ، دون أن يتيقن هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو في دخيلة منه يتحمل تبعه ما يتجلى عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلاً لغلط إذا أخلف الواقع ظنه ، لأن الواقع لم يخالف إرادته العقلية بل هو خيب مجرد الأمل الذي يجوز في خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة » (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الهامة بـ ٢٢ رقم ١٠٤ ص ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشتري من الوارث لم يشترك في هذا الغلط المدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانون سليم . أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام للمتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجمل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده » (أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ ، وانظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦) .

يظن مثله أن الشيء أثري وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثري . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثري . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتأناً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان بشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة . وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم . أو يسهل عليه أن يعلم . بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة . كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط . ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة . أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم . أو يسهل عليه أن يعلم . بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط . وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفي . كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في

في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القبول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينهاها .

## ١٧٨- التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد اشتمل

القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فقصت المادة ١٢٤ بما يأتي : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبنى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد (١) .

ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أنها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها شاردة ، فيعرض عليه البائع التنازل التي ينقضها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يحجب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التمسك في استعمال الحق

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . يبقى مع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ١٧١ من المشروع التمهيدي . وأقرته

لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدرج بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التمسك في استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٦٦ - ص ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات والسبب والمادة ٣٨ من قانون الالتزامات البولوني . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المحظطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ص ٢٢٤ .



ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثنى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثنى الذي قصد شراءه (١) .

## ٢٤ - التدليس (\*)

( Le dol )

١٧٩ - **عقوبة التدليس بالغلط:** التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إن وثيقة ما بين التدليس والغلط .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في صدد المادة ١٢٤ ما يأتي : « أبيع لمن وقع في الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولاً . تلك هي غلة حق التمسك بالبطلان ، وهي بذاتها مرجع حدوده . فني كان من الحق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت عنه إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع في تحويل العقود كما سيأتي بيان ذلك » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٧ ) . وسنرى عند الكلام في تحول العقد إلى أي حد يقارب الوضمان انشمار إليهما في المذكرة الإيضاحية وإلى أي حد يختلفان .

(\*) بعض المراجع : مقال بلايرون في مجلة الانتاادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٥٥ - سالي في إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها - ديوج ١ نقرة ٣٣٨ وما بعدها - بلايرون وريبير وإسمان ١ نقرة ١٩٩ وما بعدها - رسالة الدكتور بيجي تاج الدين في التدليس وفي التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٠٧ - رسالة الدكتور بيجي تاج الدين في التدليس وفي التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ - رسالة جاي (Gay) في التأثير غير المشروع في القوانين الأنجلو-سكسونية ديوجون سنة ١٩٢٧ - رسالة جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ - أجالشتين (Agalstein) في التدليس والفسخ من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ - كوهين (Cohin) في النكثان الحامله باريس سنة ١٩٢٩ - رسالة بيران (Perrin) في التدليس في تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ - برجيه - فاشون (Borger-Vachon) في تدليس الأهلية في تكوين العقود وفي تنفيذها مجلة الانتاادية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ - رسالة فون (Vouen) في حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ - والتون ١ ص ٣٠٧ وما بعدها - نظرية لحد المؤلف نقرة ٣٧٥ وما بعدها - الدكتور جلي بهجت بنوي نقرة ١٢٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت نقرة ١٦٧ وما بعدها .

والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .  
والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتمالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته . وتكون عادة أشد جساماً من الطرق الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سرى (١) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

## ١ - عناصر التدليس

١٨٠ - **عناصره** : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه

« ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (٢) » . وهذه المادة

(١) أنظر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :  
« ١ - يكون التدليس سبباً في بطلان العقد إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الخيل ، من الجسامه بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يحلها التعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليم لو علم هذا التعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملابسة » . وفي لجنة المراجعة تمّ حذف عبارة « أو أجنبي اشترك معه فيه » من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقرر إعادة صياغة مادة بمقررتها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة « لما أبرم » في الفقرة الأولى بعبارة « لم يبرم » ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧١ - ص ١٧٤) . وأنظر المادة ٢١ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادتين ٥٦/٥٢ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٩٤ من التقنين البرازيلي .

تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي :

« التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له من التعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى ». ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب. وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السلبى .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (١) ». وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم . وقد حسم إشكالا كان قائماً منفصلة فيما بعد .

وبستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين (٢) : ١ - استعمال طرق احتيالية . وهذا هو العنصر الموضوعى . ٢ - تحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسى . وهذان العنصران كافيان . ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير (٣) .

(١) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبناني . وانظر تاريخ النص فيما يلي (مادة ١٨٤) .

(٢) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذى يحمل عبء إثبات هذا التدليس حصريه . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . بما في ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المعلن فيه بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية ( استثناء مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٩ - محكمة بي سوف الجزئية في ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧ ) .

ووقع التدليس مسألة موضوعية ، لتأذى الموضوع فيها الرأى النهائي . ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع الرقابة محكمة النقص ، وذلك كالتب فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد ( قضى مدنى في ١٨ ابريل سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩ ) .

(٣) وقد ورد في الذكر الإيضاحية لمشروع التبيدي في صدد المادتين ١٢٦ و ١٢٧ ما يأتى : « يشترط في التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن يتطوى على خيل . بيد أن هذه المييل تخاف عن سببها في النص الحاضر ، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من حاب التعاقد . كما كثر عمداً عن واقعة حصرية تعيب العقد الآخر . والواقع أنه ليس تذاطل بين تعريف التدليس المدنى والتدليس =

## ١٨١ - استعمال طرق احتمالية : الفرق الاحتمالية تنطوي على جانبين :

جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ، وجانب معنوي هو نية التفاصيل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعّمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد . ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتفصيل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا ذاتي . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات متحولة . وهناك من يخفي المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد (١) . ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل . كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف (٢) .

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستغلة عن الكذب ، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي

الجنائي . ومما يمكن من أمر ، فليس ينبغي أن يفتقر تقدير التدليس بما يستعمل فيه التعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجرّدة عن النقط والتخصيص ( أنظر المادة ٦٦٧ من القانون الألماني ) . ويشترط كذلك أن تكون الخيل التي تقدمت الإشارة إليها قد دعت من صل بها إلى التعاقد . ومما يستفاد من هذا الصدد نفس أو ذات ، كما هي الحال بالنسبة لعيوب الرضاء حياً . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢ ) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التي تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهّم أن أعضاءها مسؤولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليساً يصل التعاقد الذي يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . ويكون باطلاً للتدليس عقد التأمين الذي يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الفضي ( استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠ ) . وإذا أُظهِر الفاش ما من شأنه إيهام التكميل بقياس الدين بتهدياته لمجد التكميل كفاتته تحت تأثير هذا الإيهام ، فالتحديد ذليل ولا مجال ( محكمة الاستئناف الوطنية في ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ المختلطة ٨ ص ٧٥ - أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المختلطة ٣ ص ٢٢ ) . وأنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٢٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩٠ ص ٢٦٣ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٤٨ .

بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالياً في التدليس (١). فلههم إذن في الطرق الاحتمالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمّله على التعاقد تفضيلاً ، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتتصب له حباثل معتقدة . ومنهم من يسهل غشه فيكتفى في التدليس عليه بمجرد الكذب (٢) .

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فيكتفى بمجرد "الكتمان" (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان . فيلزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به . وبعد تدليساً منه أن يكتسه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوضعية بأن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمّله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للإبطال متى ثبت أنه لو لا هذه التأكيدات لم يجد المتعاقد (٢٥) يذير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص (٢٨١) . وقضت محكمة أسبوط نسكية بأن كذب المتعاقدين للحصول على عمن بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخمائه السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير السكافي في رضاه من ثم التعاقد معه على العكس . وهناك يكون العقد قابلاً للإبطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥) .

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس . لم يبين بوضوح أن العقد المخلوع لم يكن يستطع استعلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلفة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ - محكمة الشيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص ٢٦٧) . ولاحظ أنه كتباً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يجعل العقد . كما إذا ذكر المؤمن له وهو يجار أنه مزارع فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التي تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صبح السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشيء المؤمن عليه أو في مقدار الضرر الحاصل لتدليس (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٦ - وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ - وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٥) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصر عليها المؤمن له بعد أن تبين حقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا تدليس السكار . وهذا (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٥) .

مصدره نص في القانون (١) . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضى بعدم جواز الغش . وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، وبذلك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن التعاقد الآخر يجهله . ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد (٢) . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت

(١) أنظر مثلاً المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .  
(٢) مشل ذلك أن يصنع وارث مع مدين للتركة ، ويكتفى الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جبل الوارث بذلك فيكتم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح . وكان يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للضفة السامة . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلاً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يتقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليلاً ( ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٢٢٧ ) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده . فلا يخفى المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس . بل وهو صحيح الاعتقاد بملكيته وملكيتها من بعه . لا يعد تدليلاً ، وهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلي ، واعتبر المدعي عالماً بدعوى الاستحقاق ، واستنتج عليه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في حينه وقبل تحرير العقد الاستثنائي فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والخسائر والحقوق العينية كانت ... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التملك قبل العقد النهائي ومن قيام البائع تسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدور هذا الحكم — ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكيتها من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يمدد المشتري بكتابات دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمانيه ، فإذا استحق عليه أو على المشتري منه كان لما عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع وإلزاماً له بالتضمينات » ( قض مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ من ١٠٤٩ ) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بحمله من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقدّم وثائقه ومبيماته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضائعه . وكان منصوباً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سابقاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد ، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنس العقد ، فإنه لا يكون خطأ في تطبيق القانون . ولا يعبر من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين ( قض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ =

بأن يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة . ومن ذلك نرى أن السكتان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي يبي مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يحمله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يعتمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر (١) . وأكثر ما يكون السكتان تدليساً

== ٧٥٦ - ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط مفسى يرد في وثيقة التأمين ، وتبين أنه لم يكن لمخالفة أثر في وقوع الحادث المؤمن منه . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لفيد مشترياته ومبيعاته وقائمة جرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن دفتر الذي ظهر أنه يعينه غير باعث على الاضمان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهري لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور في تسبيب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد في الدفاتر لا يؤدي عقلاً إلى القول بالكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفاتر كأداة لإثبات . وإذا أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين الصافدين طريقة إثباته ، لم تبين ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهري له ( نقض مدني في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ من ١٧٢ ) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد السكتان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترب بحيلة غير مشروعة (نقض مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ من ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن مجرد السكتان لا يكفي اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذي تمسك أحد العاقدين كتمه على التعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ من ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً سكتان الدائن المرتهن عن مشنرى العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ من ٥١ : ويلاحظ أن الاتفاق الذي لا يعتبر السكتان فيه تدليساً في هذه القضية هو اتفاق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه في نظيره موافقته على البيع ، والسكتان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثاني) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريك وهو يقتسم معه أن =

## في عقود التأمين (١) .

يقبى الجانب المعنوى وهو نية التفضيل للوصول إلى غرض غير مشروع .  
فإذا انعدمت نية التفضيل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه  
في أحسن صورة . وهو لا يقصد التفضيل بل يريد استهواء الناس (٢) .  
وقد توجد نية التفضيل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ،  
كما إذا استعمل المودع طرقة احتيالية للحصول من المودع عنه ، وتبين  
أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالتدليس (٣) .

== الألمان التي يأخذها هذا الشريك هي أطيان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث  
لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل في ممتلكات الوقف وأن معظم  
ما اختص به شريكه يخرج عنها لا يرضى بالقسمة ، فإن هذا يكفي لا اعتباره في حكم المادة ١٣٦  
مدنى (قديم) حيلة تقصد رضا من خدع بها (مستند من حكم لمحكمة النفس في دائرتها المدنية  
في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، ضمن رقم ٦٩ سنة ١٨ قضائية وم يشترع - هذا وفي  
وقائع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد السكتين أنه أخذ شريكه أن ما يختص به غير  
مهده فخطر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشتري كان  
تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على المقار المبيع وعدم استحقاق شيء  
منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأن ذلك في نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه  
أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على المقار قبل تحرير  
عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير  
في دفع الفوائد في مواعيدها ، الأمر الذي أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية  
المقار ورسا مزاده على الدائن ، فتل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب  
لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز  
البائع مجرد السكتين إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل  
التأمين يعد تدليلاً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليلاً كتمان  
المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعد أمام شهود بإحراق متجره . لأن هذا  
الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير البعثة (استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠  
جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع التعاقد الآخر في الغلط وبطلان العقد للفظ لا للتدليس .  
ويعرف القانون الإنجليزي ما يسميه بالتصور غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب  
من حالتنا هذه ، إذ يملن أحد التعاقدين المتعاقدين الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن  
حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

(٣) أمصر نظرية الإبراء للمدكتور أحمد حشمت أبوسنيت فقرة ١٧١ ص ١٢٣ .



## ١٨٢ - التدليس هو الدافع الى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس

هو الدافع إلى التعاقد . وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك . فيقدر مبلغ أثر التدليس في نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبجالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (١) .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذي قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبغض (٢) ، فلا يكون سبباً في إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (٣) . وهذا التمييز منتقد . ذلك

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ يولية سنة ١٩١١ م ٢٣ - ٣٥١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ - ٥٢ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ - ٤٦٠ - ١٤٧ - حكمه مصر الكلية الوضعية في ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/١٥ .

(٢) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود إيجار لهذا العقار ، وهي عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ربح العقار مرتفع ، فإذا حمله بذلك على شراء العقار ضمن عال كان المشتري أن يغفل تعويضاً من الناتج هو زيادة الثمن الذي دفعه عن الثمن الذي كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع الدس ضمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأبدر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل المشتري بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع مسح البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهضة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس ، يكون قد ارتكب تدليلاً غير دافع ، ويلزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ - ١٣٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ - ٣٦٢) . وقد يحدث أن من يمرض شيئاً لبيعه في المزاود يتم مع شخص على أن يتقدم في المزاود ، ويزايد عليه مزايدة وهمية . فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمي قد يكفي لإنشاء العطاء الذي سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للفن أو التلك بصورة العطاء الأكبر . أما إذا تمحت الحياة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزاود ، فله أن يضمن في النقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (دعوى ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على سن في هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتي : « التدليس الذي نعمل العقد أنقل عن دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يضمن للتدليس عليه إلا الحق في مطابقة التدليس بالتعويض » . وجاء في المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما

أن التدليس الذي يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط . ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقدة المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقيه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقي في دائرة العقد . وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع (١) .

### ١٨٣ - التدليس صادر من المتعاقدين الآخر أو من الغير -

القانون المرفى القديم : كانت المادتان ١٩٦/١٣٦ من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأن التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على خيل المستعنة له من المتعاقدين الآخر بحيث لولاها لما رضى . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخر (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهب إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخر . تمثيلاً مع النص العربي أشار إليه ومع

== اقتصر أمره على استدراجه إلى فصول شروط أشد وقراً مما كان قبله لوتين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس ترتب عليه مسؤوليته ، ويسطى الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد . وقد حذف هذا النص في مشروع التهاى لأنه يقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسؤولية ( أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٧٥ في الخامس ) .

(١) أنظر في هذا المعنى بلانويل وريبير وبولانخي طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك أنظر نظرية العقد للؤلث فقرة ٣٨٤ . ولاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففي التدليس غير الدافع إذا اختار العاقدة المخدوع لإبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، جاز للعاقدة الآخر أن يموه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقبس في ذلك التدليس على الغلط في أن كلاهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن أية . ومتى استقام هذا الحق اقتصر لعاقدة المخدوع على التعويض وفقاً لكر من الرايين ( قرن محكمة الاستئناف المختصة في

نص القانون الفرنسي (١). وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجرى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعائد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمتقنة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتي وننظر لا إلى التدليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العائد المخدوع مضلل في الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى : فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الروماني (٢) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسي القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد . وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي

(١) والنون ١ من ٢٥٢ - من ٢٥٤ - الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ من ٢٤٢ - الدكتور محمد وهبة من ١٩٥ - دي هانس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ - هالتون ١ من ٣٢٠ - من ٣٢١ - فتحي زغلول من ١٣٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٤١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤١٧ - محكمة الشيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٣٠ من ١٨٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ من ٨٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نفس مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ من ٢١٤) . فلم تعد محكمة النقض بالتدليس المنسود من أجنبي إلا لأنه متواطئ مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأي في ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٩٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١٢٨ - الدكتور عبد السلام ذهبي من ١٢٨ - من ١٣٠ .

(٢) فقد كان «الريطور» في القانون الروماني يعرض الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذي صدر منه التدليس . فإذا ما دخل العقد بتدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذي وقع في التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لاسيما إلى إبطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جدار طبعة السادسة من ٤٧١) .

الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين (١).

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر . وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في انشأت لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلاً لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر . أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير . إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين ١٩٦/١٣٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي : « التدليس يعيب الإرادة . إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين (٢) . ولو أخذ نصه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجه

---

(١) انظر محاولة للدفع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه وقد هذه المحاولة في نظرية العقد للؤلؤ من ٤٠٩ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سبغت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد المدول عن القاعدة الفرنسية التي تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة متقدمة كما رأينا ، فأورد النص الفرنسي للمادتين ١٩٦/١٣٦ ، وهو النص الأصلي وإن لم يكن النص الرسمي ، فاعلماً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلاً من أن يتتبع بالأصل فيذكر أن « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة »

لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل المتلوى الذى سلكه الفقه والقضاء فى فرنسا ، ولذهبا مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

## ١٨٤ - القانون المدنى الجبريدى فى التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه القانون ولقديم ، ونص صراحة فى المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس (١) » . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا فى الإكراه

« ضد المتعاقدين جسيمة ... » ، ذكر أن « التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ... » . فهو لما أورد لفظ « رضاء » وأسندها إلى « أحد المتعاقدين » انساق إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بشئ من القابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسى الذى ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هى حيل صادرة من المتعاقدين الآخرين ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . لجأت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسى دون النص العربى ، لأن النص الأول هو الذى يجب بأمانة عن قصد المشرع ( نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٨٦ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطى حقاً للمدلس عليه فى طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس فى استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تحويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلفت المذاهب فى شأن التدليس الصادر من الغير ، ففرق لا يترتب عليه بطلان العقد ... ، وفرق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتب البطلان ... ، وفرق يتوسط بين هذين المذهبين ... فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . وراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد ( كالاستيفاد فى اشتراط مصلحة الغير ) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للاتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم بالعاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به » . وفى لحة المراجعة تدرج حذف الفقرة الثانية من :-

(أنظر المادة ١٢٨) . فسوى بين الإكراه والتدليس في ذلك (١) .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم . بالتدليس ، بقي الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد بلفظ إذا أثبت التعاقد المخدوع أن التعاقد الآخر كان مشتركاً معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً لالتدليس ولا للغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض . لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

= المادة لأنها تقرر حكماً يكون فيه تقرير قواعد الشكالية ، وأعيدت سبعة أضعاف على لوجه آخر : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصبح رقم المادة ١٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى خة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان فى استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس شيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ - ص ١٧٨) .

(١) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط فى التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت التعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المتكبر أن التعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف ' غلط ' فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن التعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يثبتته . ولا يوجد سبب طاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل التعاقد فى الحالة الثانية عتفاً فى الإثبات أثماً من العبء الذى يتحمله فى الحالة الأولى . ولعله يكون فى الحسالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهة هو بس لفظ عادة مظاهر مادية تبرز التشدد معه فى الإثبات بينما أن للتدليس وللاكراه هذه المظاهر ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تخسر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس والإكراه سهى عليها أن تجرى تدليلاً مماثلاً فى النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى .

(٢) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين .

## ب - نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

### ١٨٥ - الغلط يغني عن التدليس في النظرية الحديثة : قدمنا

أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد في غلط . فإذا كان رضاؤه معيماً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة . فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد (١) . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يغني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاختصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يغني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦٧ س ١٤٧ .

(٢) أغفل القانون البرتغالي التدليس كمب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوي (م ٨٧٠ من القانون النمساوي القديم وم ٥٥ من القانون النمساوي المعدل) - أنظر أيضاً بلانول ٢ فقرة ١٠٦٦ - ديموج ١ فقرة ٣٦٤ - مذكرات الأستاذ ليبي إيمان في الألبات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤ .

## ١٨٦ - ولكن التدليس لا يغني عن الغلط : ذلك أن التدليس

إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغني عن التدليس ، فإن التدليس لا يغني عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس . فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصحح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس . فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدليس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد . إذا نجم عن التدليس ضرر (١) أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه يبطل العقد . ولا محل لتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به . وظاهر أن كلا من هذين الأمرين على محض . ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد (٢) . وقد أثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقرنت بهذه الفروق العملية .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التبيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد يصح المناوئ عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن الماقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، يمتد أن ما يشوب الرضاء من عيب سبه يرجع إلى الغلط لا إلى الحياة . إلا أن لوجود التدليس مرتبتين عمليتين : فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر عنه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالطلاق من ناحية أخرى » (مجموعة لأعمال الجمعية ٢ ص ١٧٢ - ص ١٧٣) .



### § ٣ - الإكراه (\*)

(La violence)

**١٨٧ - الرهبة هي التي تفسد الرضاء :** الإكراه ضغط تآثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتمالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

**١٨٨ - الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعمره والإكراه** وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعمره . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي هدد به ، فاختر أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

**١٨٩ - الإكراه هو أيضا عمل غير مشروع :** وينبغي أن ننظر إلى الإكراه - كما نتبارنا إلى التدليس - من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

(\*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الخلفية فقرة ٤٥ وما بعدها - مقال ديوج في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ - ص ٤٨٠ - لالمان (Lallierment) رسالة في حالة الضرورة في المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ - بريتون (Breton) رسالة في الإكراه كعيب في الرضاء كان سنة ١٩٢٥ - جوسران في البائع والراعي القانون الخامس فقرة ٧١ - والتون ١ ص ٢٨٨ - ص ٣٠٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٨ - ص ٤٤٤ - الدكتور حلمي ميهيت بنوي ص ١٢٣ - ص ١٤٤ - الدكتور أحمد حشمت أبوسنيت ص ١٣٠ - ص ١٤٠ .

## ١٩٠ - النصوص القانونية : وكان القانون قد يمشى على نص واحد

في الإكراه هو نص المادتين ١٣٥/١٩٥ . وهو يقضى بأنه «لا يكون الإكراه موجبا لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً . بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والمذكورة والأئونة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذ تجنب الخوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص (١) . واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي (٢) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط : فاقصرت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح . وعرضت لعناصر الإكراه في نصين . هما المادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتي :

« ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعين المتعاقد الآخر في نفسه دون حق . وكانت قائمة على أساس » .

« ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

---

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ - ص ٤٤٤ .

(٢) خلط القانون المدني الفرنسي في المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن بوتيه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجماعة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانون الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المتد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار بوتيه الذاتي ، واتهم أن الميارين متعارضان ، وأن بوتيه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعياره الذاتي ، أو هم توهموا أن قد بوتيه لم يار « الرجل الشجاع » من شأنه أن يزل المعيار إلى « الرجل المتد » ، ولم يتنبهوا إلى أن بوتيه لم ير إبدال معيار موضوعي بمعيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية المنشئ للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

« ٣ - ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه (١) » .

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتى :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم . أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه (٢) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :

« ١ - يكون العقد قابلاً للإبطال إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٣ - وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذى يدعيها أن يتفد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ - وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ في ذلك أن عبارة « أحد أقاربه » أوسع مما ينبغى في بعض الأحوال وأضيق مما ينبغى في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يهدد بالغير فيثبت الرهبة في النفس إلى حد التعاقد فيه تحسيدا كان للغير الذى يعتبر الخطر المهدد به إكراهاً . وأبدلت كلمة « حالا » التى تصف الخطر الجسيم في الفترة الثانية بكلمة « معدفاً » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ في المشروع التام . وفي مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاءً بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الواردة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التى كان مجلس النواب قد حذفتها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسدية كمن يحطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الحطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٧٨ - ص ١٨٤ ) .

أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات والسوى .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :

« ١ - إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوفوع الإكراه ، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم =

## ١٩١ - عنصران للإكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر

الإكراه ، كعناصر التدليس . اثنان : ١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة (١) .

= بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس لمكروه إلا أن يطالب بالتكراه بالتعويض . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تسكي في قواعده الشكوكية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة مطابقاً تقريباً لما تدون الحديث وأصبح رقمها ١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس اللوب عليها . وفي حدود ١٩٢٠ تقرر مجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة اسماء المادة كما هي - لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن ينص به التعاقد الآخر ونسب النسبة بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة - مع استبدال عبارة « أو كان من الغرض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٨٥ - ١٨٨) . أصرر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسيرى .

(١) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يعمل عبء إثبات هذا الإكراه بنصه (حكمية الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ م ٢٣٧ - وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٠٢) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية تقاضى الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كانت فيما إذا كان يمكن أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدنى بعد الإكراه ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهاً في بعض الظروف (نظرية العقد المؤلف من ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ من ١٥٧ و مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ من ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى ثبتت في الحكم فما بدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يرتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون » . وانظر أيت محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ من ٩٢٠ .

## ١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق

**١٩٢ - تحليل هذا الفصل :** لابد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الخس أو على النفس . فتهدد التعاقد المسكوك . أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بختمه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكة ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فتكلم إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (٢) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا حدد التعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا حدد غير التعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبي .

**١٩٣ - الإكراه الحسي والإكراه النفسي :** وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم . كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الجسم ، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

**١٩٤ - خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد التعاقد نفسه :** ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يوقع في نفس التعاقد المسكوك من خطر جسيم محقق بنفسه أو غيره ، فتكون الرهبة التي تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تنقضي به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتي .  
«وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للظرف الذي يدعيها أن خطر أجيباً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال (١)» .

فإن خطر يجب أن يكون جسدياً . والعبرة في جسامته الخطر بخالة المكروه النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية . ولكنها مع ذلك أثقلت الرهبة في نفس المكروه وصورت له أن تخيل حسياً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا حدد شخص آخر بعسل من أعمال الشموذ ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر . والتعزيم . أو يهدده بأن له قدرة على «الربط والحل» ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يراخى وقوعه إلى أجل يتكهن معه المتعقد من تحوّل خوف لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بخالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل . فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فانهرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد . لا بأن الخطر حال أو محدق (٢) .

(١) وكان هذا هو القانون القديم : سادت محتط في ٢٧ من سنة ١٩٤٣ . ٥٥٠ ص ١٢٧ .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للاكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، وهي تذكر «الخوف من تعرض لنفس أو المال لخطر جسيم» (الـ présent) . وقد جاء في بوتييه : «يجب أن يكون هذا الخطر حالاً ، أي أن يكون الشخص مهدد بالوقوع فيه في الحال إذا لم يزل ، طلب منه» (الترجمات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتصور المرء ، أصبح لحال ليس هو الخطر ذاته ، بل «خوف من الخطر» (نظرية العقد المؤقت من ٢٤٠) .

وقد كان المشروع المبدئي للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً ، فسكت الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ من هذا المشروع نص ، كما رأينا ، على ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذي يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسدياً حالاً يهدده هو أو أحد أفراده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» . ولكن جاء في المادة ١٢٦ لاصلاحه لهذا المشروع ، يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذي يقع على أى شيء يحرص المتعاقد على سلامته بكفى لتحقيق الإكراه .

**١٩٥ - الخطر يهدد الغير :** وليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التي تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المهدق المتعاقد المكره نفسه وأو غيره . وقد كان المشروع التهديد للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد (١) ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائي العدول

== إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول . وقد عدل في المشروع النهائي عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصبح وأكثر تحسناً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (عموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٩ - ص ١٨٢) .

هذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالاً» ، فلا نجد هذا الوصف في القانون الألماني ولا في القانون السويسري ولا في القانون البولوني .

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى ، وقد أوردتها في الحاشية السابقة . ويختار المشروع التمهيدى على ما فيه من عيب في تحديد قائمة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدنى الفرنسى ، فإن هذا القانون في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأقارب هم الأصول والعروع وأصاف الزوج والزوجة . وقد اقتضت الفقهاء في تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة دلت على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقع هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى هدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

أما ماورد في المشروع التمهيدى فهو لا يحدد صفات معينة من الأقارب كما قد بناء بل يتضمنهم جميعاً ، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ماأتى به ولا يشترط أن يهدد الخطر لمتعاقد ذاته ، بل حرر أن يهدد أحد أقربائه . وقد ذكر القاضي أن تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخسبه مذهب ، وأن بيان هذه المراتب في الدستور على سبيل الحصر على نحو ما هو ==

عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزهم الشخص منزلة نفسه . فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء . قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر مما يعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك لظروف . فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة . ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصات إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق (١) .

**١٩٦ — المطالبة بحس كوسيلة للإكراه :** والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يعرض التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكروه إذا لم يعرض تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة

== منح في التقنين الفرنسي (م ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسي الإصالح) قد يكون أحياناً صبي الحدود لا ينسج لصور جديرة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السمة بحيث يجاوز الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠) . أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التهديد ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

(١) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب الضيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر القانون الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسري : الخطر الجسيم الدائم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد العيب في إثبات أن الخطر الذي تهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضاه . وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمس هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للدولف ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .



يحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهنا . فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغا إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً أو دعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا حددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد مبعثت «دون حق» في نفس المتعاقد المكروه (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لعركة على أن تقطعهم صاناً لديونهم في ظنهم أن يؤجروا هذه الديون لا يكون إكراهاً مادام الدائنون لم يسموا استعمال قتهم (٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كقبضة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً مادام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالطعن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً مادام الوارث ليس بـ «بني» النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن سلق إبلاص مدينه إذا لم يقر الدين عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزايا بأن يزيد عليه العشر حتى يعجزه بذلك على أن يبيع له شيئاً ، شيئاً مما رسا عليه المزايا لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء أكثر من الثمن الذي رسا به المزايا (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن الحث عليه في جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هتافاً منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٥) — وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدني (قديم وتمايل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه البطل للشارحات إلا أن ذلك مفهوم بداهة . إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة من غير أن ينعكس في الحكم بدخل تحت رتبة محكمة النقض لأنه وصفة توفى لواقع معينة يرتب على =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه . لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبرز من المدين ما يزيد على حقه . فإن الإكراه يتحقق

== الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على متأجر بخلاء العين استأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر الشاير ملكت العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شاب من تنفيذ الحكم إكراه مطلق له بل يكون هذا القدر مجعاً متجاً لكل آثاره ( ٢ ) بونية سنة ١٩٣٢ اعتماد ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — بمروعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ) .

هذا وقد يبنى الغرض مشروعاً ولكن استعمال للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة . كما إذا هددت امرأة غائرت رجلاً مدة من الزمن بالشهر به عند خطية له إذا لم يرضى الزاماً بموضعها ما يصيبها من الضرر بسب تركه إياها . في مثل هذا الدرس يمكن القول بأنه رغم أن عدم مشروعية الوسائل التي تلجأت إليها المرأة ، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، ولذلك لا يغل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة القصر الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لأدوية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة ( ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٦ — ١ — ١٢١ ) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بمزيج التهديد على سند حق له أو على مصلح مهم من حق أو على الإقرار بالزام طبيعي وتحويله إلى الزام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً ( ديموج ١ فترة ٣١٧ ) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه ( ديموج ١ فترة ٢٩٨ ) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذي ينص بأن الغاية تبرر الوسيلة ، وهي تنبج في الوقت ذاته للشخص أن يستغني حقه بصفه مدنيه لا يتصف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي ( بلايول وزبير وإسمان ١ فترة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فترة ٣٢٨ ) . ومن هنا ترى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن التقصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب ( نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩ ) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضا رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويهدمها . فلذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في الصورتين اللتين نحن بصددهما — الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية مصلح الإرادة ، إصالة للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من الصورتين ، فإن انعقاد المسكرة إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد قضى الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، ويمتد هذا منه نصفاً في استعمال حق الإبطال . والتصرف في استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخبر تعويض ما كان عينياً ، فيمنع التعاقد المسكرة من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية =

ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحقاً له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينة بأن يعلن إفلاسه وابتنى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه (١) .

== بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، والإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقدين المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متعصب في استعمال هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلفة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقارن محكمة الاستئناف المختلفة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا حدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه اختلاسات ارتكبها أو يعرض له تعهداً بالأداء في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل ( محكمة باريس الاستئنافية في ٣٩ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دي باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨ ) . وبعد إكراهها كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده ( محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دي باليه ١٩٠٣ — ١ — ٧٢٨ ) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالحق الذي يقصده القانون » ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . والقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باعظة من المدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يقيد الرضا ، ( ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦ ) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري ( م ٢٧ فقرة ٢ ) والقانونين التونسي والمراكشي ( م ٥٢ / ٤٨ ) والقانون اللبناني ( م ٢١٧ ) والقانون البرازيلي ( م ١٠٠ ) . واشتمل المشروع التيمسدي للقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، نقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق مالم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فينتز منه ما يزيد كثيراً على ما في دته من حق » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا المصدد ما يأتي : « ومادام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره لينتز منه ما يزيد كثيراً على

## ١٩٧ - الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي

الذى قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصالا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصى والقاصر إذا لم يكونا من ذوى القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس . لا يكفى عادة ليكون وسيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع (١) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه (٢) . ولا شك في أن موقف الزوجة

منافى ذمة من حق ، فيكون الإكراه على قيس ما تقدم واقعاً غير حق . ولو أن حق لدن في هذا الغرض قد اتخذ وسيلة للبلوغ الغرض المقصود . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا نص في المشروع النهائي اكفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش) .

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فمناصفة من الأب نحو ولده ، وإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، بل لمساء عند لا يهبط الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بحسب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعة شيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٥٥ الاستئناف ٤ ص ٣١٠ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . ونقض المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة نفوذ التي تصدر من آباء لأولادهم بحسبهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسرى أن يبنى هذه النفوذ قد تقوم على استعمال قوى جامع شيء زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولادها منها ، وفي هذه الحالة تقضى قواعد الاستئناف وقواعد الاستمواء والسلطة على الإردة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستمواء والسلطة على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرس فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كآب أو رئيس أو منعم . استعمال نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص تسلط على الإرادة له مقام كبير . فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً لتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخيه الزوجين واستغنى عنه — وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخيه — وقد أبرم العقد المتضمن به بالإكراه على يد لجنة من المعد =

من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس . وموقف المروءوس من رئيسه وفي يد هذا إيقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يتقل كاهل الملزم . لو ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه (١)

== والمشار ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أخيه أحدثت عندهما خوفاً شديداً جعلهما على قبول ما لم تكونا تفلانه اختياراً (محكمة استئناف أسبوت في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ من ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هبة الأنارب لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مقروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ من ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإنعاع والتأثير البريء ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها — فرض صحتها — لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يجعلها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاه وتسلم ، فلا يكون ثمة على لحادتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ من ٦٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن المورثة التي تنقض ما أبرمت من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبادهما عن أغاربها إباحاً تاماً ، وأحاطها بخصوصها بالأداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتطلى لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوقة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسليطاً جعلها تنقاد لإرادته وتصرف وفقاً لما يعليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإبقاء بها لبعض أغاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (الخطران) ناطراً وتموض له التصرف في الربح على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسب ، تكون باطلة طبقاً للمواد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لأنهام (كذا) رضاءها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٧٧ من ٨٦١) .

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تقرر به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن مجرد الحشية الصادرة عن احترام (la vénéralité révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد . أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (م ٥١/٥٥) والقانون اللبناني (م ٢١٣) =

## ب - رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ - وجوب الإكراه بالعبارة الزائفة : قلنا أن المادة ١٢٧ من

القانون الجديد تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ... ويراعى في تقدير الإكراه

== والقانون البرازيلي (١٠٠) والمشرع الفرنسي الإبطال (٢٠٠) . وهى نصوص متقدمة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد نفوذ الأذى لا يكفى وحده وسيلة للإكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تحقق حالات يكفى فيها النفوذ الأذى لإبطال العقد ، وهى الحالات التى يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لإبراز الترامات باهظة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التمسك فى استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأذى يكون قد تمسك فى استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع ، فيلزم بالتعويض ، وغير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يظل على أساس من التعويض وإن لم تموزه الإرادة . ولأولى إذن أن نسمي نظرية الإكراه حتى تناول كل درس من هذه العروس (أنظر بطريقة العقد للمؤلف ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى لقانون الجديد على نص فى هذا الموضوع . فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأذى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء فى المدكرة الإيضاحية فى هذا العدد ما يأتى : « وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثانى خاص بالنفوذ الأذى ، وهو بمجرد لا يوجب الرضاء ، وإنما يبيحه إذا صحبه الإكراه وفقاً لمادة المشروع الفرنسي الإبطال ( المادة ٢٠ أنظر أيضاً التفتيات اللاتينية ) » أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ . بقصد إبراز منفع فاحش أو منفعة سرية . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اختصر الأمر على اشتراط توافر عمل مبيت من أعمال الإكراه » . وقد حذف لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة فى هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التى وردت فى هذا المشروع على ما سئرى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ فى الخامس ) .

ويعرف القانون الإنجليزى ما يسمى بالتأثير غير المشروع ( undue influence ) وفيه يبنى الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأذى عليه . ففى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، ككاتب وابنه أو كطبيب ومريض أو ككاهن وعميله أو كرئيس دينى ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة للإكراه الشخص الآخر على إبراء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك فى مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع ( أنظر بولول فى العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - كارتير فى العقد ص ٨٥ - ص ٨٧ ) .

جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض . وقد كان القانون القديم (م ١٣٥/١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول (١) .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنعاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي (٢) . وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم (٣) . وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة

(١) أنظر آخراً فقرة ١٩٠ - وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي ، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا ، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي : إذا كان التعاقد دون الوسط طبق المعيار الموضوعي ، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال . أما إذا كان التعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي ، ونظراً إلى حالة التعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دي سانتيفقرة ٢٢ مكررة (١) - بنوار م ٦٠٦ - كولان وكابيتان ٢ م ٢٨٥) . وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق ، فإن التعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تفقد بإكراه ليس من شأنه أن يمسد إرادة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه ! (٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل . ولا يوجد قانون واحد خلاصاً من هذا الجمع . وإنما القوانين تصاوغ المقتضيات العملية ، فتأخذ نارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يوجب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ طوقاً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يوجب اعتبار العدالة والمطلق القانوني . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتسار، فمنها ما يوجب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما يوجب عليه ترجيح العدالة، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالنظر إلى الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوقي ٦ م ٣٠٢ - محكمة أسيوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ الحامدة ١٠ رقم ٢٢٣ م ٤٤٧ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٤٣١ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٥١٠ - هالتون ١ م ٣١٨ - دي هانس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٤ - والتون ١ م ٢٢٦ - م ٢٢٧ - الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ - فقرة العقد المؤلف فقرة ٤١٣ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٨ - الدكتور أحمد حشمت أبو-سيت فقرة ١٨٤ .

الإسلامية (١) والقوانين الأجنبية الحديثة (٢) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثا إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً . فالرهبة إذن تكون قد أفستت إرادته ، وهذه هي المألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها . وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محدقاً ، إنما هو المظهر المادى للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحقق مقصوداً لذاته . بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس . وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد . مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي (٣) .

#### ١٩٩ - تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد

الشخصية ، فتعرف إلى أى حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، ويدخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكيف نفسه ، من جنس ومن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

(١) مرشد الحبران م ٢٨٨ : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص ومنهم ومنهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس وانصراف كثرة وقلة ، وشدة وضعف » .

(٢) القانون المدني الألماني م ١٢٣ - ذون الأوامرات السويسري م ٣٠ .

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ماباى : « قلنا إن شرعاً واحداً كان يكفى في الإكراه ، وهو الميار الذي تناس به جسامته . فإذا قبل أن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامته بحيث يكون هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية ... ونحن مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأولى أن تنقل هذه الشروط وأن تكفى بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، يتحقق الإكراه إذا وجد ائتماد المكره بالنسبة لطرفه الشخصية في حالة اضطرار ضغطت على إرادته وحملت على التعاقد » ( نظرية العقد من ٤٣٧ و ٤٤٤ ) .



فالأنثى غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الهرم البالى . والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والمعصى غير الهادى . المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكى . وهكذا . ويجب الا ناد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملايسات ، فالخطر قد يحدث رهبة فى نفس المتعاقد وهو فى جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يعتنه وهو فى مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو فى جماعة من الناس . وقد يكسرن الخوف أشد ونعاً فى نفسه لئلا منه نهراً . فالمدكان والزمان وغيرها من الظروف والملايسات تؤثر فى تكييف جسامه الخطر فى نفس المتعاقد (١) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) . وينظر فى تقديرها إلى العوامل التى سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة النقض (٣) .

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال والدروس أنه لا يؤثر فى إرادة التعاقد إلا إذا كان المال الذى يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذى أكره عليه . وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإسداد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر فى إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزى الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان فى استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب فى ضياع المال (بولوك فى المقدمه ص ٦٤٥) . وهذه نظرية تغفل احتمال عدم الجدوى فى الرجوع بالتعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — بأن لقاضى الموضوع السلطة التامه فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر فى الشخص الذى وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك (٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماه ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامه الخطر الذى يشأ منه الإكراه إنما تقدر بالميلار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعى مراعاة حاله عملاً بالمادة ١٣٥ من القانون المدنى (م ١٢٧ جديد) . فإذا كان المكفيل قد دمع بيطلاق الكفالة للإكراه قولاً منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاء منه السند ، فليجأ إلى مدينه لكتيب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكماله أخيه فى دين له قبله ، فلم يجده ماسماً من التسول ، فريد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن =

## ج - الجملة التي صدر منها الإكراه

### ٢٠٠ - الإكراه الصادر من المتعاقدين الآخر والإكراه الصادر من الغير

**الغير :** كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير . فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك . وكان هذا موضوعاً للنقد سنت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نزع هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء في الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضاء لا يختلف ، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع . فإن المسئول عن هذا العمل هو المكروه ، وهو في إحدى الحالتين غيره في الحالة الأخرى .

والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال (١) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقدين المكروه أن المتعاقدين الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض

== ليؤثر في إرادة الكميل، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يجب رضاه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بهذا قد قل بأن فقد السند، بحكم كونه واقعة لا بد للسكران له فيها ، لا يكون الإكراه المبال للفقود ، فهذا يزيد منه لا يبيح أن يكون قد أعطاه فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٨٥) .

(١) والقضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم حتى في ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلطة ١٣ ص ١٧١ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ - دي هانس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٥ - هالتون ١ ص ٣١٨ - والتون ١ ص ٢٣٤ - الدكتور ذهني بك فقرة ١٣٦ - فقرة ١٤١ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨١ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ - الدكتور طه بهجت بدوي فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبوسنيت فقرة ١٨٦ .

حتمًا أن يعلم . بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير . ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتمًا أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المصلحة بإبطال العقد ، فإنه يصحح للمتعاقدين حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية . بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه في التدليس (١) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة : حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر : إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء : فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمكروه أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (٢) .

## ٢٠١ - الإكراه الصادر عن ظروف نهائية مصادفة ( حالة

الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لامن أحد المتعاقدين ولامن الغير . ولكن من ظروف نهائية مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد باعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه . وقد ذهب النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض لئذ يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء . ومن ثم يؤثر في صحة العقد .

(١) محكمة الاستئناف المختلفة في ١٩ يولية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسرى . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة العاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذي سبق أن قررناه في صدد الغلط والتدليس .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا المعنى . فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه «إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه . ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكروه إلا أن يطالب المكروه بالتعويض » . وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي لأنها تقرر حكماً سكام في قواعد المسؤولية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التعهيدية ٢ م ١٨٥ و ١٨٧) .

أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادته المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقدته . ولما كانت النظرية التقليدية تشرط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلا لفظ «الانتزاع» (extorqué) في المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد (١) .

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له . وهو أثر من آثار القانون الروماني بقي في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته (٢) . والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة . بل صدرت تحت تأثير الضغط . فالإرادة فاسدة . سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت . وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك . فلا فرق . من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجي واستغله فالعقد قابل

(١) أنظر في هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد لمرزاق ص ٤٢٥ .

(٢) وذلك أن القانون الروماني كان يجعل للإكراه جزاء مستقلاً غير إبطال العقد . أما الإكراه الذي تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن في هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . وانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكفي بدعوى تعريض صد من صدر منه الإكراه . وهاهنا أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى تلمس شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلاتول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ — أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلاً للإبطال في هذه الحالة لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل ننظر هل كان المدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع) .

وهاهنا ما تقدم أن القانون الروماني كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تهيأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فتصن تنظر إلى الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع حسب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب في الرضاء . فالإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة إذاً هو الوصف الأول فلا يغترة بوصف الثاني ، ويكون إذن سبباً في إبطال العقد .

للإبطال . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من من ريان السفينة ليس له أن يتسلك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان التعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل التعاقد المهدد بخاطر تهيات ظروفه مصادفة . أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف . في الحالة الأولى وحدها لا يكون للتعاقد المسكوك حتى إبطال العقد (١) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وقد حذفت في المشروع النهائى اكفاءاً بالقواعد العامة — على ما يأتي : « إذا أبرم شخص عقداً للصلح من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقربائه ، فلا يترتب هذا العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « ... أما التطبيق الثالث فهو خاص بحالة من يجده غيره مهدداً بخاطر جسيم حال لا يده فيه ، فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يسكن المنصب في الطرف اللجئ ، إلا أنه انتفع به للحصول على منفعته فاحش . ويعتبر الإكراه في هذه الصورة عيباً في الرضاء (فان الاستغلال) . وعلى القيس من ذلك ينتفى الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول التعاقد الآخر في مثل هذا الرضاء أن يحصل على منفعة مفرطة ، بل اقتصر على إنقاذ التعاقد الآخر في مقابل منفعة معقولة . فشاط الحكم في هذه انطبقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط في النفع) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — من ١٨٦ في الفاش) . أنظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإبطال الجديد .

هذا والحكم يبنى صحيحاً حتى لو اعتقد التعاقد المهدد أن التعاقد الآخر قد أضرط في النعم ، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يهدد التعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتقاضى أجراً لمصلحة كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلم يرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتقاضى ثمنه من المريض في هذه الحالة ، وخير تمريض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك في صور مجتمعة .

الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم (١) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسرى ذلك فيما يلي .

## § ٤ - الاستغلال (\*)

(L'exploitation)

٢٠٢ - الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادي للاستغلال . ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

(١) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه والقضاء في مصر حتى في ظل القانون القديم : والدون ١ من ٢٣٢ - من ٢٣٨ - الدكتور دهمي بك فقرة ١٣٥ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨٢ - نظرية الغبن للدولت فقرة ٤٢١ - الدكتور حلمي بهجت فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ - وأبالت محكمة الاستئناف المخططة الاتفاق الذي يقدر في حالة الاضطراب الناجم من وجود سبعة في خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ س ١١٦٦) ، وكتبت بإعطاء دعوى العسول (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ س ٢٣٥) . أظن أيضاً شبكة الاستثاب المخططة في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٣ - وفي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ٥٤ - وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٥٥ س ١٤١ (وفي هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة في أساس الحكم أن القانون المصري (القديم) لم يسل من القانون الفرنسي كلمة « ينزع » (extorqué) الواردة في المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتي كانت السبب في أن الفقه الفرنسي لا يجعل حالة الاضطراب التي تهبأ مصادرة إكراهاً يبطل العقد)

هذا والقانون المقارن في هذا الموضوع معه إلى جعل حالة الاضطراب مؤثرة في صحة العقد ، وسرى ذلك عند الكلام في نظرية الاستغلال (نظرية الغبن للنواصير ٤٤١ حاشية ردده١) .

(\*) نرى المراجع : ربيير في القاعدة الحلقية فقرة ٦٦ وماسدها - حوسران في المبحث في الأعمال القانونية فقرة ٩١ - ديمونس (Demontes) في الغبن في العقود ما بين المالكين سنة ١٩٢٤ - لويس لوكاس (Louis-Lucas) في الدين والغبن سنة ١٩٢٦ - الرساين : هلم (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ - جريليه (Grellier) باريس سنة ١٩٠٨ - دينون (Dyon) مونبليه سنة ١٩١٩ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - كولزون (Coulezon) مونبليه سنة ١٩٢٤ - ميمان (Meyn) باريس سنة ١٩٢٤ - هاون (Haon) مونبليه سنة ١٩٢٧ - موزيكس (Mozikx) سنة ١٩٢٩ - بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ - دالم (Dalem) باريس سنة ١٩٣٩ - فالون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ - أنظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول في مجلة مصر المصرية سنة ١٨ من ١٨٩ - من ٢١٥ - نظرية الغبن للدولت من ٤٤٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي من ٢١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت من ١٤١ وما بعدها .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى (١) . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد . فينظر إلى التعادل في هذا الوقت . ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي .

### ٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية

**لمستعمل :** والغبين مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة وبالحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل ( juste prix ) وبالأجر العدل ( juste salaire ) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبت في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاقت من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لاتعتد

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع في العقود الاحتمالية بل وفي عقود التبرع ، فهو أوسع مدى من الغبن .

بالغبن إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم . هذه التقاليد . فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فهما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها . والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد . والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء . وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وأبته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وأظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦-٣٣٧/١٩-٤٢٠) . وهناك حالات أخرى كانت متثرة في نواحي هذا القانون . كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ في المائة . وكمقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرية شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأحكام قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء نافعا في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لطروف شخصية . ويرتب على النظرية المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختلف التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يخلل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن أكبر ، غير مخدوع ولا مضطر . لأن قيمته الشخصية تعادل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد : طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختلف بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً ببذله القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد . أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا



عيب مستقل قائم بذاته . وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واحداً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها . أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع التعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف التعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد . وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية . ونسب هذه القيمة إلى الثمن . فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها . فهي من الدقة الحسائية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمساائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حايياً على جميع المسائل . دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى . تكون

قاعدة طائلة ونعماً من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية . وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فتقضى القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ ببطالان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء . بحيث يدين من الظروف أن هناك اختلالاً قادحاً (*disproportion choquante*) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (*disproportion évidente*) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد مادفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفته أو عدم تجربة . وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (*hors de toute proportion*) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (١) .

(١) أنظر أيضاً القانون الإيطالي الجديد (م ١٤٤٨ الفقرة الأولى) والقانون البولوني (م ٤٢) والقانون اللبناني (م ٢١٤) والقانون النمساوي (م ٨٧٩) والقانون الصيني (م ٧٤) . وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال وديبان (*Guibal et Dupin*) إلى مجلس النواب الفرنسي في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسي ويضع نصاً عاماً يحرم الاستغلال في جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الدين سبباً في إبطال العقد إذا كان الاختلال في التعادل ما بين الالتزامات التي تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦) .

هذا ويتخلل من بحث أجرى في البلاد التي تتضمن قوانينها المدنية نصوماً عامة في الاستغلال على النحو الذي تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من الفقهاء يتوهمون عكس ذلك ويخشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضي (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (*Morol*) في بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها المزمرة : باريس سنة ١٩٤٨ — ١٩٤٩ ص ٣٨٧) .

٢٠٤ — القانون المصري الجديد : وقد سائر القانون المصري الجديد التقنيات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال ، فنص في المادة ١٢٩ على ما يأتي :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جاعحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطال العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد : وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١٥ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد استغل حاجته أو ضيقه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث ينبى بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطال العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً . ٢ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح رقمها ١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي . أما لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فقد تناقشت ضوئاً في هذه المادة . وكانت تميل في أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتى : ١٥ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ضيقاً بيناً أو هوى جاعحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطال العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ونلاحظ أن أهوى مصاب الشهوة ساعمة لا المودة والمعصف . وقد تركت تحديد الضيق والهوى

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن ويراعى في تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة (١) . والعقود التي يشتر إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد . واعتد في

== لتقدير القاضي . وراعت اللجنة في التعديل الذي أجرته أن تعدل عن التوسع الذي احتاره من الشروع وأن تعمل أساس النص دسراً على استغلال الطيش بين أو الهوى طامح . وحددت من الفقرة الأولى عبارة « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المتصرفاً لأنها من قبيل التبريد . وأضافت قيداً يتعلق بمعاد رفع الدعوى . وجاء في ملحق تقريرها ما يأتي : « افترج حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون في استغلالها ما يهدد العملاء ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستغلال لا يقتصر أثره على دعم الأسس الخفية في تنظيم معاملات بل يتعدى ذلك إلى إهانة القضاء من عناء التعاليل على النصوص وتحصيل القواعد ما لا ينبغي ضمها . بالنقض في ظل القانون الحالي قد استنسبت فكرة الإنعاش والنسب والاعواء وتوسع في تطبيق (العدل في النسبة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشق الوسائل مدح المخور في صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام . وما من شك في أن هذه الحالة بذاتها تفرس شعاعاً لاحتمالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المحتدين في استئصال خروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير . تلك رأيت اللجنة أن أفراد من الاستغلال يكون أدعى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له العقد من طعن في نطاق سبق واضح الحدود . ولكنها موسست فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رحباً على عرار نظيره في أكثر النقابات الحديثة ، ومنها النقابات الألمانية وسويسري والبولوني واللباني والمشرع الفرنسي الإبطال ، بل اقتصر في على حالي « الهوى الجامح والطيش بين » .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على الماد كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٩ — ص ٢٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدي على لوجه الآتي :

« يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في من العقود وما يسمح به القانون من سعر الفائدة . » فعدله لجنة المراجعة على الوجه الوارد في نص القانون الجديد . لجمل النص أدنى في الدلالة على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤) .

الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تناول جميع العقود . وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفة الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و(ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

### ١ - عناصر الاستغلال

٢٠٥ - **العنصر الموضوعي والنفسي** : للاستغلال عنصران ،

أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً . والآخر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد .

٢٠٦ - **العنصر الموضوعي** : أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي

للاستغلال في العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقداً الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا .

وفي عقد البيع ، لا يشرط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري ، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفي الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد ، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق .

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقداً الآخر . وفي الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح

بين التزامات المتعاقدين وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .

والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقدين ، لا بقيمته المادية في ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن . فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل . فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف مثلاً . جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلال فادح .

فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى . ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة . فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر . والقاضي هو الذي يقدر بأى مبلغ تتحقق . وينظر في ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح ، وكان بيانها في ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة النقض . وععب الإثبات يقع على عاتق المتعاقدين المغبون ، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutats)، فقيماً يأخذ المتعاقدين يعطى ، وهو يعرف على وجه محدد مقداراً مأخذ ومقدار ما أعطى ، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية (١) ، وهي عقود

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ونحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطمئن فيها على أسس الثبن إذا اجتمع فيه معنى الإنشراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقدين أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩١) . وقد نص القانون اللبناني صراحة على ذلك ، فطاعت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي : « العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الثبن » .

تنطوى على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب . كان الاختلال في التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق . وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا بتلبية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية . احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين . ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففي مثل هذا العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً .

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل . لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاولات . بل هو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل . فإن الاستغلال يكون أكثر تحقّقاً فيما لا تعادل فيه أصلاً . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد : وهي تجيز في عقود المعاوضة توقي دعوى الإبطال بتكملة البدل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أى في عقود التبرع (١) . أما كيف يقع الاستغلال في التبرعات فإن ذلك سهل التصور . بل هو كثير الوقوع فعلاً . فقد يتبرع شخص بجميع ماله - ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجته الثانية وأولاده منها . مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعى ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال

(١) وقد كان المشروع التهديد يتضمن النص الآتي : « ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان الصرف الذى صدر من الخزانة النبوية تبرعاً » . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التبريد ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٣٠٤ في الخامس) . وتبت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهي تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع .

زوجته الأولى ضمه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلاً ، فالتبرع أعطى دون مقابل . وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البتين أو لهواه الجامع .

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، فالوحية هنا يعيها الاستغلال : وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

## ٢٠٧ - العنصر النفسى : أما العنصر النفسى للاستغلال فقد

أوردته المادة ١٢٩ فى العبارة الآتية : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً » . وكان المشروع التهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف » . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : « وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف » . ويلاحظ أن المشروعين انتهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهبا إلى مدى أبعد ، فصرحا بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها . ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عندما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامعاً ، إمعاناً فى تضيق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره (١) .

(١) وقد ترتب على تضيق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من



فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى التعاقد الآخر طيشاً يئناً أو هوى جاحماً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعتمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها . وليس من النادر أن تعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتسكنه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فبعد الزواج إلى استغلال الزوجة وابتراز مالها عن طريق عقود بمليها عليها . وقد تشتري امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقي الطيش والزرق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدي المراهين والمستغلين ، فيسكنونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك ترقه الشديد وطيشه البين . كل هذه أمثلة نثرعها من حياتنا المصرية لتدل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شىء يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأقضية فى ذلك (٢) . وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلمسه فى قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل

---

= المشروع التبدى — وهى المادة التى حذفت من المشروع التهاى وترغم كما أسلفنا لحالات خاصة فى الإكراه هى حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبى وحالة الضرورة — نصاً كان من المفيد استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها . وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه ، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فعلاً هذه الأقضية وأمثلة على المحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة ( فى الإكراه ) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، وفى أحوال أخرى كانت تبرر وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والنساط على الإرادة التى سبأتى ذكرها فيما يلى :

وقد قضت محكمة القس ( الدائرة المدنية ) بأنه إذا كان المحكم قد سبى قضاؤه ببطان عقد البيع على فساد رضاء البائع لسكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض منهضة من شأنها أيضاً أن تنسف إرادته فيجب سهل الاقتياد خصوصاً لأولاده القميين معه الذين صدر العقد لهم ، فإنه لا سبيل إل الجدل فى ذلك لدى محكمة القس لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوفائهم =

في ظل القانون القديم ، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فينقل إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه .

== الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ من ٢٩٦) . وقضت في حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وطروفيها أن السند الخائب بقينه صدر من المورث بمحض إرادته واختباره ، ولم يؤخذ منه بالاستهوان أو بالنسب على الإرادة ، وكان هذا الاستخلاص سائماً ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع ( ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ من ١٥٢ ) . وفي قضية تالفة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تزوج من آخر ، فستغل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وسندات وميزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولما ضمت الزوجة في هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أفصته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطراب عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها ، وأن الرأي الصواب الذي يتحقق به العدل ( أى تطبيقاً لقواعد العدالة ) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب ( محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ من ٧٢٣ ) . وقد قضت محكمة النقض بهذا الحكم على أساس أن بدل الخلع في الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعي للفصل فيها ( نفس مدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ من ١٧٨ ) . وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن الخصوم لم يروا البير في الدعوى الشرعية التي قضت محكمة النقض أن تنق الدعوى المدنية بسببها ، وانفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو في حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالحضر مما جعله يفكر في الانتحار ويحاوله مراراً ويشتد بالفعل ، فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله يعمل ما يملو الإرادة ، فتعاقده غير مبني على رضا صحيح ، ولا يلزم ورثته بوفاء ما تعهد به في هذا السند ( ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٦ / ٢ من ١٦٧ ) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطراب التي وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى التزام باهظ ، فالعقد يكون باطلاً للإكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة باعثة ، فللمحكمة إقرار التعهدات التي أجازها التمهيد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والحكم بطلان ما لم يميزه منها صراحة أو ضمناً ( أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٦١ / ٢ من ٣٤٣ ) — أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ من ١١٧١ — وعكسها أسبوط الكلية في ١٢ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٥ من ٢٦١ .

مدا . ولا كان القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً في الاستغلال ، فقد خلق الله =

وبلاحظ أن هذا العنصر النفسى يقتضى أن يكون التعاقد المغبون « لم يرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طبيشاً بيناً أو هوى جامعاً » . ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من التعاقد الآخر ، وأن يكون هذا لاستغلال هو الذى دفع التعاقد المغبون إلى التعاقد . ويترتب على ذلك أمران : (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال التعاقد المغبون . وهذا عمل غير مشروع (١) . وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب التعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابا من ذلك . وهذا ما يحمل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادقة على ما مر بنا (٢) . (والأمر الثانى) أن إرادة التعاقد المغبون تكون إرادة معيبة ، فهى إرادة ضال بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

== والقضاء الفرنبان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستهواء (séduction). وقد قصرهما على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا ترى فرقا بين نظرية الاستغلال فى عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء فى عقود التبرع . والجزاء فى الحالتين واحد هو قابلية العقد للإبطال . والأولى إدماج نظرية الاستهواء فى نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة . وقد رأينا القضاء فى مصر ياجأ إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تموزه ( قضى مدنى فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر : رقم ٥٥ ص ١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — قارن استنشاف محتاط فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ — وانظر آتفاً فقرة ١٩٧ فى المباحث ) . ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، ويذهب فى هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزاء فى الاستغلال هو البطلان النسبى أما الجزاء فى الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من هذه المذكرات ) .

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة باريس سنة ١٩٢٩ فقرة ٩٨ على المسادة ١٣٨ من القانون الألمانى .

(٢) أنظر سالى المرجع المخدم فقرة ٩٩ ( م ١٣٨ ألمانى ) . وانظر آتفاً فقرة ٢٠١ .

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى . إذ هو عنصر مستثنى عن العنصر المادى ، لا مستخلص منه ولا مفروض . والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوى جاهلاً » . وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته .... » .

## ٢٠٨ - عمدة الاستغلال بعيوب الرضاء : قدمنا أن العنصر

النفسى يقتضى أمرين : أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة . وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول . كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع . وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى . كان هذا العقد ذاته - الذى لم يرض به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضعف من هواه - عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء .

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألمانى (م ١٣٨) . وجعل عقد المستغل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمناقاته للآداب (١) . وبالاعتبار الثانى أخذت التشريعات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصرى الجديد . وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للإنقاص لعيب فى إرادة المتعاقد المغبون (٢) .

(١) أظنر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ (م ١٣٨ ألمانى) .  
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يأخذ المشروع بمذهب التقين الألمانى فيما يتعلق باستغلال المتعاقد ، بل انظر أثر المشروع الفرنسى الإبطال . وليس معنى هذا التقين (الألمانى) أن المغبون قد خضع لتأثيره يستغل القس عليه إرادته ، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء . ولكن يعبه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه مائة مائة من صنف وما اشتهر عليه من عوز . فليس ينطوى الأمر على عيب فى الرضاء ، بل هو ينطوى على عمل مخالف للآداب صدر من المتعاقد الذى حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته . ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى ... تلك وجهة التقين الألمانى . وقد أثر المشروع الطراحها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسى الإبطال فى هذا الصدد . فلم يعتبر العمل مخالفاً للآداب ، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلان العقد مطلقاً نسبياً » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ويعتينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثانى ، وهو الذى أخذ به قانوننا المصرى الجديد ، مقتضياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وكثير من التقنيات الحديثة . فالاستغلال ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللاً ، وكان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواد الجامح ، كان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر فى كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذى يخلل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع فى تدليس أو غلط فى حالة الطيش البين ، أو أن يكون ضحية إكراه فى حالة الهوى الجامح . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة ، ويكفى فى افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصره المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بدلاً عن هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص ، وجعلت المدة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فحالت دعوى الإبطال للاستغلال . بهذا وذلك . دعاوى الإبطال الأخرى التى تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

## ب — الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

٢٠٩ — **دعوى بطلان** : إذا توافرت شروط الاستغلال التى أسلفنا ذكرها «جاء للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » . ويتبين من ذلك أن القانون يترتب على الاستغلال إحدى دعويتين : دعوى إبطال . ودعوى إنقاص .

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص ، فإنه يجب أن

يرفع دعواه في « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩ فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه . ورفعها بعد ذلك : كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص . ويقال عادة في هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لا ميعاد تقادم (prescription) . والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف . بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، ونحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ من القانون الجديد) .

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة . وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف . هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخها الاستغلال . فلا يبنى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل . أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسرى أنه لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠) . وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط . فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة . فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع الثبوت من وجوده بأيسر مما يستطاع الثبوت من وجود الاستغلال (١) .

## ٢١٠ - دعوى الإبطال: وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال

جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء

(١) ولم يكن المشروع التمهيدى يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال والغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإنقاس في الاستغلال ، فكل هذه الدعاوى كانت تقادم ثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٤٧) . ولكن لجنة القانون ابدت بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذى يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٠٠ - من ٢٠١) .

انقضاء المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضى إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً . واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذى سيأتى بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضى بملاسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معق عليها من محكمة النفس .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتى ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى إعلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين :

(الأمر الأول) المسألة التى ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثانى) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوفى الحكم بالإبطال

عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا أحكم فقالت : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان العقبند معاوضة كالبيع ، وطالب البائع المغبون بإبطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضى أن الزيادة التى عرضها المشتري تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومفسد الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشئ . بل يكفي أن تكون بحيث تعمل الغبن الذى يتحمله البائع لا يوصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضى فى تقدير ذلك إلى ملاسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب وافياً . وعنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوفى دعوى الإبطال لا يطبق على عقود التبرع ، فإن من نال التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ - **دعوى الإنقاص** : وإذا اختار المتعاقد المغيون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من باديء الأمر دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة (١) . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضي ينظر فيه وفقاً للملابسات القضية وطروفيها ، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المسفل لرفع العين فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة محكمة النقض عليها . ففي البيع المستوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغيون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الاقتصار على الإنقاص ، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافياً لرفع العين الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن . بل يكفي ألا يكون هناك عين فاحش إذا قبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضي عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري . بأن يزيد في مقدار الثمن بدلاً من أن ينقص في قدر المبيع . فإن نص القانون لا يجيز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذي البائع بل يرفع عنه العين ، فإن الزيادة في الثمن تدنوذي المشتري إلى حد أن يؤثر التدول عن الصفة . وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع العين كما مر .

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع التي داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضي التبرع إلى الحد الذي ينفذ معه أثر الاستغلال .

(١) وإذا صح للقاضي أن يحكم بالإتاقس ولو طلب المتعاقد المغيون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغيون الإتاقس . لأن هذا قد قدر مسبقته واقتصر على الإتاقس ، فلا يصح للقاضي أن يحكم بالإبطال ولا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب . وبخى القاضي . متنبأً بحال الإتاقس إذا تقدم به المتعاقد المغيون حتى لو كان الطرف الآخر آثر على إتاقس الدعة بإطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن طالب بإطال عقد استغل هو فيه الطرف الثمن .



## ٢١٢ - دفع ماوجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشي

كثيرون من هذا النص العام الذي ورد في القانون الجديد عن الاستغلال، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار . وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف . فإن القضاء المصري قد واجه فعلاً أفضية الاستغلال في الأمثلة التي قدمناها . وعالجها بالقدر الذي استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفي هنا ، وأن نصاً عاماً في الاستغلال . لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً . تفرضه الضرورة وتوجه مقتضيات التعامل . فيواجه القاضي ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات . وتقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففريق منهم يرى أن هذا النص العام في الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى (١) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق . وإن أفضية الاستغلال التي طرحت أمام المحاكم في البلاد التي اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص غديماً الجلودى (٢) . وسنرى ما بصير إليه الأمر في مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذي اشتمل عليه القانون الجديد (٣) .

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع درج إذ يقول في مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتي : « ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشيء كبير من القلقة وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانييه باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ - وانظر أيضاً مذكرات غير مصبوعة للأستاذ مورل (Morol) في بعض مسائل متعلقة بشكوك العقود وبقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ - سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش) .

(٣) ونغني عن البيان أن العقود التي تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدني الجديد يسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التي مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذي كان معمولاً به في القانون القديم . أما العقود التي تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أي منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه هي التي تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

## الفرع الثانى

المحل

( L' Objet )

### ٢١٣ - تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم

المدين القيام به . والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عيى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل .

والالتزام بنقل حق عيى إنما هو التزام بعمل . ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشونه . فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيى هو هذا الحق العيى ذاته . فإذا كان الحق العيى حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحت شيئاً واحداً . فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذى تنتقل ملكيته .

### ٢١٤ - الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام : يستخلص

من نصوص القانون الجديد (م ١٣١-١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون :  
(١) موجوداً إذا كان شيئاً ( أى محلاً للالتزام بنقل حق عيى ) . أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل . (٢) معيئاً أو قابلاً للتعيين . (٣) قابلاً للتعامل فيه (١) .

---

(١) انظر القانون رقم ١٤٩/٩٥ . وهما نصان على أنه " يجب أن يكون الغرض من التعهد ممكناً جازماً . وإلا كان باطلاً . فإن كان الغرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التنازل عنه ولزم تعيينه بالبرق وأن يكون منقوله ميئاً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأخوان " . وقد شتمل المشروع المبدى للقانون الجديد على نص يحدد شروط المحل على هذا النحو ، فحدثت زيادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتى : " يجب أن يكون محل الالتزام شيئاً معيئاً أو قابلاً للتعيين وحائزاً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلاً " . ولكن لجنة المراجعة حددت هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالأحكام الفصل التى وردت فى المواد السابقة (م ١٣١ - ١٣٥) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٧ فى المامس ) .

## المبحث الأول

### المحل موجود أو ممكن

#### ١ - المحل موجود

**٢١٥ - معنى الوجود :** إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً فى هذه الحالة - حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود : ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به . فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، يجوز أن يقع الالتزام على شيء يوجد فى المستقبل .

**٢١٦ - المحل المستقبل :** رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المندى الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (١) » . وقد يبدو أن هذا

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى ( نقرة ٢١٧ فى الخامس ) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده فى المستقبل . وينشئ من نصان تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتحديد . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنقذة وبيع الثمار قبل انقضاءها على نحو ما فعل التفتين المختلط ( م ٣٣٠ - ٣٣١ ) متأثراً فى ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٠٨ ) .

النص بدينى . فهد يردد حكماً تقضى به القواعد العامة . إذ ليس فى هذه القواعد ما يمنع من أن يكون اخل القابل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكمه يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامى (١) ، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا فى شىء موجود ، فيع المعلوم باطل . واستثنى السلم . وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبله على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدنى المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامى فنص فى المادة ٣٣٠ على أن «بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل (٢)» . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل فى الأشياء المستقبلية بنص صريح (٣) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت . بشن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف فى هذا بين القانون الوضى والقانون المختلط . ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شىء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشىء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نرج ماشية قبل وجودها . فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد الننتاج (٤) . والواقع من الأمر أن التعامل فى الشىء المستقبل كثير الوقوع فى الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون

(١) تقول العرف من أحكام فقه الإسلامى لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كالمقيم ، من يقول بجواز اخل فى الشىء المستقبل إذا امتنع الفرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت بسعر الوحدة لا بشن مقدر جزافاً .

(٢) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدنى المختلط على ما يأتى : « ومع ذلك فيجى الآثار المتقدمة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الآثار التى تنهد والزرع الذى ينبت بعد البيع » . أطر فى القضاء المختلط نظرية العقد للزلف فقرة ٤٥٧ .

(٣) وقد جاء فى المذكر الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود اخل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستعلة ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٦) . (٤) وقد يكون البيع الواقع على الننتاج بيعاً احتمالياً ، فيصح وجد الننتاج أو لم يوجد ، ومرائى ذلك طبعاً فى تقدير النش .

ن يكون قد أتم صنعها . بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدؤه . وينزل مقال عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل . وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ فقرة ٢) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨) . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

## ٢١٧ - التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون

الحديد على ما يأتي : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون (١) » . وهذه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرته) في المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١٥ - يجوز أن يكون عمل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يميز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب الموقلة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أتيح للمورث أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يخطر على بؤرهم إليهم منها مادام المورث قد أقرهم على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٥ في المامس) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « وورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع أعم من نص المادتين ٢٦٣/٢٣٢ من القانون الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد القانون الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصل برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا القانون مثال أغلب القوانين الأجنبية ، ونهى بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاء لدم =

القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني . فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته . ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خلیق أن يغری ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى

= مصروعية المثل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلا ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شعير كلب أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن منهجاً لا يزال نصيبه من الذبوح غير كبير (أنظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٣١٢ من التقنين الألماني ، وكذلك المادة ١٢٧١ من التقنين الإسباني والمادة ١٣٧٠ من التقنين الهولندي والمادة ٥٨ من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هنا في التصرف وارتضاء . وليس يكنى لإتمام التائد في هذه الصورة رضاء المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاء المورث ، ويجب أن يكون رضاء الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا يتعدى إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة تظهر في التقنين المصري الحالي . فحالة الحق لا تتعدى إلا إذا اذن رضاء المحال عليه براءة طرفي أخواته . وعلى هذا النوع يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع الإعلان الذي لمصلحة . ثم اعتبر الإعلان حد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستتلة لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا ممدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركة . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وعلى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإنفاذ منها إلا الخطر القائم . فللورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وموافقة أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأجنى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٢٠٨ — س ٢٠٩) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعمد عن هذا التجديد ، وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو براءة المورث ، فعادت نفس المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١٥ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ — غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي ينس عليها في القانون . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في =

مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث الذي يتعامل في تركه مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركه مستقبلية باطل ، أيا كان الطرفان ، وأيا كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها . وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركه مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه

== البركة المستقبلية يرثها المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « ولو كان يرثها » زيادة في الإيضاح ونجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٢ ص ٢٠٦ — ٢١١) . وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي — وقابله الماد ٣١٢ من التقنين الألماني والمادة ٦٢٦ من تقنين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوداً على البيع دون غيره من أنواع التعامل . فكانت المادتان ٢٦٣/٢٦٢ قضيان بأن « بيع الحقوق في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو يرثها » . ولا كبر في ذلك والقصاص في مصر كافاً بخبرنا هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل صروب التعامل من بيع وغيره (نظرة النقد المؤلف فنية ٤٥٦) .

إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة (١) . ويستوى أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية . فكما لا يجوز لـ رث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيها أوصى له به مستقبلاً . أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية (٢) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفان على قسمة ما سبق في نصيب كل منهما من الميراث . أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عند هذا تعامل في تركة مستقبلية . ولا يعد تعامل في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين ومعه الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان البائع له على ذلك أنه في سداد الدين من التركة التي سيرتها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد أجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان البائع عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن المستحق في وقت قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقت كميلاً لمدينه توفعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا يطالب شيء من ميراث والدها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة ماله حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد افترقت هبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية السككية الوطنية في ١٨ يونيو سنة ١٩٣٩ بالحامدة ١٠ س ٩٩) .

ولكن يعد تعامل في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة . كذلك يعد تعامل في تركة مستقبلية تصرف لا يعدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وفهر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد . (٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه — وهذا يبيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية — وبين أن يبيع هذا المال الدين على أنه ملكه في الحال — وهذا يبيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً لملوكا لمورثه واشترط أن البيع لا يعد إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتلة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر السككية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ للحسوة الرحية ٢١ رقم ٤٤) .



من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني . أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته . إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي أنها لا تجزأ إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فإذا أبجنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يجحد عن هذه الأحكام (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها سرتاً ، كل هذا إنما يتعلق بالنظام العام . والتجمل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، ومحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه . سواء من جهة إيجاد وريثة غير من لهم الميراث سراً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل افتتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه . بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتسلكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتسلك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والفر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان وريثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين وريثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقي المحرمة سرتاً ( نفس مدني في ١٤ يونيو ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ من ٤٤٩ )

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوازمه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملاً في تركه مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تنفيذ التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان وريثه أو تعديل أنصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بريب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ ( وهو الحكم السابق الإشارة إليه ) ( نفس مدني في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ من ١١٣٨ ) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التجمل على مخالفة أحكام الميراث ألا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام . وبني سبباً لتعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سقت الإشارة إلى أن المشروع الذي يندى نفسه حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل . أو يهبه . أو يقسمه . أو يقايض به . أو يقدمه نصيباً في شركة . أو يصالح عليه . أو ينزل عنه بإرادته المنعقدة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره (١) . أو أن يجري عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح . وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمه المورث (م ٩٠٨ - ٩١٣ جديد) .

## § ٢ - المحل ممكن

٢١٨ - **الامتناع بقابل الوجود** : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك . فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً . فإن الالتزام لا يقسم . ويكون العقد باطلاً . لأنه لا التزام يستحيل . (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً (٢) » .

(١) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عبده باطلاً (حكمه النص الفرنسية في دوائرها الجمعية في ٢ يولييه سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ - ١ - ٥٥٣) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
١ - « إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً مستحالاً مطلقاً ، كان العقد باطلاً .  
٢ - أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون عبده ، صح العقد وألزم المدين بالتمويل لعدم وفائه بعهده » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المقام ما يأتى :  
« إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أى لأمرة على المأتم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار منح العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . »

## ٢١٩ - الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمنقوص بالاستحالة

هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة ١٣٢ ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب . فقد يلتزم شخص بعمل فيكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته . ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . في هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على عمل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه . وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان منزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، في كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا (١) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا

= فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسر أن يستنبط من المادى العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادتين ٦٠٦ و٢٠٧ من التقنين البولونى الخ...) على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجعلها من المتعاقدين بالتعويض) . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بمد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : «إذا كان على الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً» . وأصبح رقم المادة ١٣٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على إعادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قبل إن المراد من أن الأمر يكون «مستحيلاً في ذاته» هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة المجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢١١ - ٢١٤ (٢١٤) .

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض . =

الالتزام . ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضى بنشئها بعد أن وجد . فتنبرأ ذمة المدين . ولكن يبقى مسئولا عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد بحام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك . أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

وبستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله في الحالتين قابلا للنسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا . وإن كانت لاحقة جعلته قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين (١) .

## ٢٢٠ - الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في

الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد بحام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهى الالتزام إذا وجدت بعد ذلك .

« ومن ثم فيبيع ملك الغير فتمت الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بفعل الملكية في هذا البيع مستحيلا على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع قس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال ( م ٤٦٦ من القانون المدني الجديد ) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

(١) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة فاعرة . إذا هي لم ترجع إلى تقصير من الملتزم ، فنقض الالتزام بها ، وينسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

ويبنى على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينتضي دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسئولاً عن التعويض .

## المبحث الثاني

### المحل معين أو قابل للتعين

#### ٢٢١ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٣ من القانون المدني

الخاص على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره . وإلا كان العقد باطلاً » .

« ٢ - ويكون أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٤ من المشروع النهائي على النحو الآتي :

« ١ - يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ - ويكفي أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وفي لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنص على حسم الطلاق مدان استعمل عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف كلمة « صراحة أو ضمناً » من الفترة الثانية لأن « الامتناع التام » قد ورد تحت عبارة « استخلاص ذلك من أي ظرف آخر » وإضافة العرف كمنعخص إليه فعمم في عبارة « من أي ظرف آخر » . فأصبح النص كالآتي : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وأصبح رقم المادة ١٣٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرها لجنة ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢١٤ - من ٢١٧ ) . أنظر المادة ١٩٠ من ٢ من الترتيب الثاني ونفاذ ٢٤٣ من الترتيب الألماني .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (١) » .

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . فإذا كان المحل نقوداً . وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعين . أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أى اعتبار .

فتكلم : (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً .

## ٥ ١ - كيفية تعيين المحل

### ٢٢٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل :

إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى :  
 « ١ - إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . ٢ - إذا لم يكن للتعديلات في العقد سعر ثابت في مصر جاز للمدين أن يبيع دينه بنقود مصرية بسعر الفسخ في الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . وإذا لم يكن في مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فيسعر قطعها في أقرب سوق تجارية . كل هذا ما لم يوجد اتفاق ينص على غير ذلك . ٣ - إذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً ببيع السعر ، دون إخلال بفوائد التأخير . وفي خنة المراجعة اقترح حذف من كل ما لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبعاد الفقرة الأولى على أن يحدد منها العبارة الأخيرة » ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك » .  
 فأصبح النص الذى أقره اللجنة هو ما يأتي : « إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » .  
 وأصبح رقم المادة ١٣٨ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢٢٢ ) .  
 أنظر المادة ٢٤ من المشروع الخرسى الإصالحى . هذا وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن النص الآتى ( م ٤٧٥ / ٥٧٧ ) : « إذا كان الشيء المستعار نقوداً لزم رده بين قيمته النقدية . أما كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد وقت التنازل » . وهذا النص لا يختلف في المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مقدوراً على غنى النص » .

معينة. فإذا تعهد مقاول ببناء وحسب أن يعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعين. وقابليته للتعين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام. فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعين البناء المطلوب. أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أى نوع من البناء هو، كان الحمل غير معين وغير قابل للتعين، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعدوم.

## ٢٢٣ - تعيين محل الالتزام في الشيء موضوع الحق العيني :

وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعين. وهنا يجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين.

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة. فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة. فإذا باع شخص منزلاً، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى. وإذا باع أرضاً، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها. وإذا باع سيارة معينة بالذات، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة. لاسيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة. وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع، فنصت على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه».

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشموني وأن مقداره عشرون قنطاراً. فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديده، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد. وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة.

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألف أو للعرف . كما إذا قام متاجر بتوريد ساعمة لعمل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره . وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يفني المدين . ولا يكون رديئاً حتى لا يفني الدائن (١) .

## ٢٤ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

### ٢٢٤ - تعيين النقود - العملة الورقية ذات السعر القانوني :

إذا كان محل الالتزام نقوداً ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أي محل للالتزام . فليتزم المدين مثلاً أن يؤدي للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من اللاليم . وتقضى المادة ١٣٤ . كم رأينا . بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً اتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبي كما إذا باع شخص شيئاً لمن يترك تقديره لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتأقدين . وقام الترام المشتري على محل معين . أما إذا لم يقدره فلا يجوز للناضي أن يقوم بدائه و التقدير ، لأن محل العقد لا يدخل في مهبة القاضي ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلاً . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتأقدين المحضة إذ يصبح التعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للحكم .

هذا وقد اشتمل المشروع التهدي على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع ، وقد جرت على النحو الآتي : ١٥ - إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتأقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس يعادل . وإذا أبطل التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء . ٢ - ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولخص اختياره ، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يتم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لأنه يعرض لحالات تفصيلية قليلة الأهمية ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢١٥ - من ٢١٦ في المامش ) . وبعد حذف النص لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها . أنظر أيضاً في هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الألماني ، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التهدي المادة ١٨٥ التي حذفتها لجنة المراجعة .



يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود . سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن . وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين . وليس من اللازم أن يؤدى المدين النقود من النوع المتخصص عليه فى العقد . جنبيات أو قروشاً أو ملايم . بل إن المدين يؤدى دينه عادة بنقد ذى سعر قانونى ( cours légal ) يساوى القدر المتفق عليه . فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى .

والأصل فى نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك . وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى ( cours forcé ) . فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه . ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى . فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء .

## ٢٢٥ - العملة الورقية ذات السعر الإلزامى ( شرط الذهب ) :

فإذا تقرر للعملة ورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة . لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية . وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزلًا فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . فذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً . وهذا ما يسمى بشرط الذهب ( clause d'or ) . فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب ( payable en or ) أو بما يعادل قيمة الذهب ( payable en valeur or ) . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز فى المعاملات الداخلية . وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . وأن العقد الذى تضمنه هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ونحن فى هذا

الرأى تنفق مع القضاء الفرنسى (١) ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين (٢).  
وما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق  
قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب . فينعدم الفرق بين الورق والذهب  
في نظر القانون . ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد . لأن القانون إنما

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٢٥ -  
وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٤١ (مع تعليق هيبيرت Hubert)  
محكمة مريس الاستئنافية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ١١٥ -  
وفي ١٣ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ .

(٢) أورى ورو الطبعة الخامسة : ص ٣١٨ - ص ٣٦٠ - كايتمان في دالوز الأسبوعى  
سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص ١٧ و ص ٣٣ . وسنة ١٩٢٧ ص ١ . وسنة ١٩٢٨  
ص ٥٣ - ديموج في مقال له في جريدة مونتقلى المفود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١  
ص ١٣٧ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ - جير في مقال له في مجلة العلم والتشريع السالى  
(Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ - ليون كان  
في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٣ - سافانييه جازيت دالوز ١٩٢٤ ص ٨٩ وتعليقه  
في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ وسنة ١٩٢٧ - ٢ - ١٥٣ و ١٥٦ -  
بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا  
الرأى ويقولون بصحة شرط الذهب حتى في المعاملات الداخلية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ -  
ديبويس (Dupuis) في تعليقه في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٣٧ - بجى في مجلة القانون  
للمدى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ - لالو (Lalou) في تعليقه في  
دالوز سنة ١٩٢٤ - ٢ - ٩٧ و ١٧ - وسنة ١٩٢٦ - ٢ - ٩٥ و ٩٩ - مابر  
(Matot) في مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) ص ١٩٣ و ص ٢٨٩ و  
ص ١٩٣ - جوران ٢ فقرة ٨٥٩) .

هذا وقد تضمن المشروع التهديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بماياتى :  
« ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامى للنقد الورق فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو  
بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب . ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية  
محسوبة بسعر قطعها » . وفي هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية  
للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتى : « ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس  
قيمة الذهب باطلا في حالة تقرير سعر إلزامى (حتى في المعاملات الدولية : الرسوم بقانون رقم  
٥ لسنة ١٩٣٥ - قانون القانون الفرنسى في ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ تقوم المستوى  
للتصريح الفرنسى سنة ١٩٢٨) . ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط  
هو الدافع الحافز على التعاقد . ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تختب  
بسر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبى . وليس في هذا مساس بسر في القانون لأن النقد  
الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلاً . ثم إن المدل يقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء في المعاملات  
لدولية على أساس سعر القطع الذى يثبث العلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبى » . وقد =

أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي إنما يبطل « شرط الذهب » في المعاملات الداخلية في فرنسا . أما في المعاملات الخارجية . وهي التي تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها . كما إذا صدر تاجر من فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج . وكما إذا عقدت دولة قرضاً في أسواق أجنبية ، فإن « شرط الذهب » يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسي أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التعادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية حيث ينسط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما في المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة . ولا ينفذ اعتبار المشرع في غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً (١) .

= حذف لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي في المشروع النهائي لأنه يفرحكما في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص - (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ في الخامس ص ٢٢٠ - ص ٢٢١) . وسنرى فيما يلي أن هذا القانون الخاص الذي تركت المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، ويبطل هذا القانون شرط الذهب حتى في المعاملات الخارجية (الدولية) . ويجب أن نترك التفتتات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون الذي السرى الجديد على أنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددهما المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ، مالم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي » .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٤١ وفي ٣ يونيو سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ - ١ - ٥ وفي ٢ يولية سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ - ٤٥٧ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur.) ١٩٤٣ ١٩٤٣ - ٢٦٧٠ - محكمة بورديو الاستئنافية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٦ - محكمة باريس الاستئنافية في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - وفي ٩ يولية سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٣٧ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٩ - محكمة بيزانسون الاستئنافية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سيري ١٩٢٩ - ٢ - ٥٥ . هذا وقد أيد المشرع الفرنسي وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع نص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً في المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يولية سنة ١٩٢٨ و١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر في هذه المسألة بلانول وريبير وجابولد ٢٢٨ و١٨٠ و١٨٥ - جوسران ٢٢٨ - ٢٦٠ مكررة - كولان وكايتان الطعة العاشرة سنة ١٩٤٨ ٢٦٨ - ٤٩٢ .

## ٢٢٦ - شرط الذهب في القانون المصري : أما في القانون المصري

فقد مر القضاء بمرحلتين :

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب - وهذا هو السعر القانوني - وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب - وهذا هو السعر الإلزامي - وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأى سبب وبأى مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلاً بالعملة الذهبية . بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن ، أى سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو جددت بعد ذلك . والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقاً ، ولم يميز المرسوم في ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي . فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره .

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى بطلانه ، وبعض قضى بصحته . وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فيز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (١) .

(١) أنظر في معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ - وفي مدى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ - وفي مدى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١ .

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تحزى أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، فيه حكما وهما اللذان يقرران السعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأعلى بتنفيذ على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، لأنها صادرة من الدولة المصرية عالمها من حق السيادة ، وأما الحكم الثالث وهو الذي ينص على بطلان شرط الذهب فلا يبعد على الأجانب في رأي هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية إنما من حق السيادة ، وهو =

(المرحلة الثانية) وبقي القضاء المصرى يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرع المصرى بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهري ، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصفة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم فى شأنها خلاف جدى ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً فى هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلاً فى المعاملات الخارجية ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ . لأن النص الذى ورد فى مرسوم سنة ١٩١٤ فى بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا . ونقول المذكورة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ فى هذا الصدد ما يأتى : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يشمل أى تفرقة بين العتود التى يسرى عليها حكمه . وليس ذلك لأن النص عام فحسب . بل هو فوق ذلك صريح قاطع ... فالدفع أياً كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلا شك فى عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذى حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا بدع أى شك يحوم حول تطبيق القاعدة التى أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتى تقرر أمراً من أمور النظام العام ، على

---

= يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجارى المختلط التى تنص بأن وفاء السكبيال يكون بالعملة التى تذكر فيها ، ولم تنص عليه الجمعية التشريعية . أنظر فى أحكام المحاكم المختلطة فى هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ - وفى ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ - محكمة مصر الكلية فى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ ( قضية الدين العام ) . ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختصة فى ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل فى أعمال السيادة وذلك لعدم أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلاً ( أنظر فى هذا الحكم وفى غيره من أحكام أخرى نظرية العقد المؤلف من ٥١٥ حاشية رقم ١ ) .

ذلك النوع من الاتفاقات . علا بنص المرسوم المذكور وروحه . وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصاحبة البلاد العامة (١) .

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيرياً

(١) وقد ورد في صدر المذكرة الإيضاحية تنفيذ للأحكام المصرية التي تهمى بالتمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية تنقله فيما يلي : « اتفق بعض الأحكام في بيان بعضها في تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية ( تلك التي تنشأ ويكون بروتها في القصر المصري ) أن تنجر — عرساً ودون أن تقيم الدليل على رأيها — إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تنجر على الاتفاقات ذات الصفة الدولية . وذهبت أحكام أخرى في دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية ، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال البراء داخل القطر فإنه لا معنى للمدين حيث يكون الوفاء في الخارج من دفع دينه ذهباً . ومن أجل ذلك تنسكرك تلك الأحكام أن يكون أوراق البكنوت سمر رسمي إلزامي حتى في داخل القصر المصري إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صفة دولية لأن في ذلك إضراراً بالحق بالدائنين الذين يقتضون ديونهم في القاهرة أو في الإسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة في المساواة بين الدائنين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تسند التمييز بين فصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسي ، وإما جاز ذلك التمييز في فرنسا لعدم وجود حكم تشريعي يقضى بطلان شرط الدفع ذهباً ، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق البكنوت جعل لها سمر إلزامي إلى جانب سمرها الرسمي ، فكان للمعاكم مطلق الحرية في تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً متوجية في ذلك أسباب النظام العام القومي وحدها . ورغم من الحملات المتكررة التي حلها بعض الفقهاء على أحكام القضاء في هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة في الحكم بطلان شرط الدفع ذهباً في الاتفاقات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصلة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسية أول الأمر ( راجع حكم محكمة النقض والإبرام الصادر في ٢ يوفية سنة ١٩٢٠ ) اعتبار شرط الدفع ذهباً مانعاً إذا كان المدين فرنسويًا وصحياً حيث يكون من شأن وفاة الأجنبي بدنه دخول الذهب في فرنسا . ولكنها انتهت إلى اعتقاد صحة شرط الدفع ذهباً في العقود ذات الصلة الدولية إطلاقاً . ويرى بعض السراج أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول في تحقيق المصالح القومية إذ كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدته . وقد أيد قانون تثبيت النقد الصادر في سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية لشرط دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد ، ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما لقضاه المحاكم الفرنسية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء ( ولم يحاول أحد مناهما على أساس قانوني مقبول ) غير مسلمة في جميع البلاد . فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التي نظرت في دعوى شركة « تعاون البلديات البلجيكية للسكراب » قضت اثنتان منها ( المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية ) بطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس اللوردات صحة الشرط المذكور ، دون أن يفعل أي تلك الأحكام الثلاثة للصفة الدولية للاختلاف أي شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان ، ثم إن قانون النقد الإنجليزي ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية . وفي إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون في أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضى على الحكومة والأفراد بقبول التبادل بأوراق البكنوت ( وكان لها سمر إلزامي ) بقيمتها الإسمية كما لم كان لها نفس القيمة الفعلية للسكرابات ولو نفس النقد على خلاف ذلك . ومن ذلك القانون ممدولاً به حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تنخرق في تطبيق هذا القانون بين العقود بمألوها بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تقضى بطلان ما نصته الاتفاقات الدولية من =

يسرى على الماضي . وهو يتضمن النص الآتي : « تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنهه التركي) . ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بقضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون » .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١) . ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم . لأن القانون المدني الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة (٢) . وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذي يرجع إليه في بطلان شرط الذهب . دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية .

= شروط الدفع ذهباً . وفي مصر يحكى نظام أوراق البكوت من حيث سعرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل في وقتها هذا بأمريكا وبين سنتي ١٨٦٦ و ١٨٨١ في إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص صريح لا يمتثل أى تفرقة بين العقود التي يسرى عليها حكمه .... (مجموعة القوانين والراسم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ من ١٧٣ - من ١٧٥) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٤٢ . وقد قضت هذه المحكمة في حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المانعة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التي اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتهما في صدد طريقة وفاة الدين ومواعيد الوفاء والقوائد وغير ذلك . وحيث يكون شرط الذهب مشروطاً بأنه يكون باطلاً سواء كان مشروطاً أو ضامناً ، فيكون إذن باطلاً كل شرط — أياً كانت صورته — أملاء اعتبار يرجع لعدم الثقة في العملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التي يحجر بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ م يذهب على وجه قاطع التمييزاً بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه في عقد مرسوم باطلاً ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسؤولية التقديرية ويدعوى الفسخ بمبلغ مساوٍ لما خسره من جراء نزول الجنهه المصري ، فإن ذلك يكون تعويضاً له للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب — ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ م ٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ في الماش) أن المشروع التمهيدي تضمن نصاً (١٨٧ م) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح في الوقت ذاته شرط الإيدع بنقود أجنبية محسوبة بمن قضاها . وقد حذف النص في المشروع النهائي لأنه يقرر سكتاً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم المذهب في صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بمن قضاها . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف في صحة هذا الشرط يبقى قائماً . وقد رأينا أنساب أحكام القضاء المختص في هذه المسألة .

## المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

( dans le commerce )

( نظام العام والآداب )

٢٢٧ - متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير

قابل للتعامل فيه . فلا يصح أن يكون محلاً للالتزام ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له بأمر ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

فالتىء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة (١) .

وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغراف) . والهواء يستعمله الكيمائي في أغراضه . والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للائتمان . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالملك العام لا يصبح بيه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يجعل ريعه لسلسلة من المستفيدين ، يقتضى ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو «كابينات» على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع

---

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مناح ، كالقنطرة في الهواء والملك في البحر ، وقد سلك من يتولى عبه ويستطيع أن يتعامل فيه .



إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتناقض مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتناقض معه فهو جائز .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبدئياً على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أولهما معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلية . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده . كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه . كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الخشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب . سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر المسألة ١٣٥ من القانون المدنى الجديد هذه القاعدة العامة فى العبارات الآتية : «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العمد باطلاً (١)» . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام ؛ ويتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى :

« يكون على الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب » . وفى لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضى ببيان العقد ، فأصبح « مانعاً للنس الذى انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥ ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل ( بمجموعة الأعمال التعضيرية ٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ ) .

## ٢٢٨ - النظام العام والآداب (\*) L'ordre public et les bonnes moeurs

المبادئ القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصدها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . تتعلق نظام المجتمع لأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يخاصهوا بالتناقضات فيما بينهم ، حتى لو حثفت هذه التناقضات لهم مصالح فردية . فإن المصالح الفردية لا تقوم أمد المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضييق إذ تمت ترعة المذهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تعالت الرعة الاشتراكية ومذاهب النظام الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبح الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد . وتتولى حماية الضعيف ضد القوي . بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى . فهو شيء متغير . يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة « مصلحة عامة » . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد « النظام العام » تحديداً مطلقاً يستش على كل زمان ومكان . لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما يستطيع هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » . ونطبق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى (١)

(\*) بعض المراجع : بارتان (Bartin) في الشروط المنحلية وغير المشروعة والمخالفة للآداب —

سافاتييه (Savatiere) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه (رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦) —  
مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) — ريبير (Ripert)  
في القاعدة الحلقية في الالتزامات — تشاندروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من باريس سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد . يأتي : « ولاحظنا أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عهد القضاة البارز إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فبلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت دمجها في مجلس الريستاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصهم . عتمة جاء بها ذكر « المذهب الخالص للآداب وللنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية نظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن تقضي ربما أباح لنفسه أن يتعد من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنيتها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التفرع »

والآداب . في أمة معينة وفي جيل معين . هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير في تكييفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقي ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك . بل في الضخم منه . ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشري ، يميز بين الخير والشر . كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له . ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبي» ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي . بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت . يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية . وكانت

---

=العامه أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام . وكان يرى من ذلك إلى اعتبار كل عبد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام . على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريشتاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار فطري ، وترغب في وضع معيار عملي يحث قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعي للآداب العامة ( تعليقات على الفتى الألماني الجزء الأول ص ١٥٤ - ص ١٥٥ ) . ومهما يكن من أمر فليس في الوسخ نبذ لفكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اضراح ما تمسك به التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لئلا تظل متغفراً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني ثبت فيه ما يموزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالتفصي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في المدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يخلق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣ ) .

من قبل غير ذلك<sup>(١)</sup>.

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الياب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجليل والبيئة . وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره . فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرفة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة<sup>(٢)</sup> . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثير القانون المضطرب بالعوامل الخلقية ، حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit)<sup>(٣)</sup> . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب . فتبعثان فيهما الحصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

(أولاً) فكرة المعيار . فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة ، ومعيار الآداب هو التاموس الأدبى . وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .  
(ثانياً) فكرة النسبية ، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

(١) وقد يستعمل القانون على جعل التواعد الخلقية تدخل فى الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبعى . فالاعتزاف بالجيل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكرمه منه بل اعتزافاً بحيل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء للزام طبعى وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق الخالف للآداب باطلاً . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاماً طبعياً فى دمة الدين .

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعذر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة القضاء .

(٣) وما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ، فنستعرض اتفاقات تحالف النظام العام ، وأخرى تحالف الآداب ، في عصرنا الحاضر .

## الطلب الأول

الاتفاقات التي تحالف النظام العام

### ٢٢٩ - روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول

بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك . وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها .

### § ١ - روابط القانون العام

#### ٢٣٠ - أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد

بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

وبشمل القانون العام فيما يشمله : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائي . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع .

#### ٢٣١ - القواعد الدستورية والحريات العامة : القاعدة الدستورية

التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز

لناخب أن يقر مع مرشح على إعطائه صوته ، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل مخالفته للنظام العام . كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في الامايل التي تعرض على الهيئة التي ينتمى إليها . فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأى معين ، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والحريات العامة التي مررتنا لم تجوز هي أيضاً من النظام العام ، وذلك كالحرية الشخصية . وما اشترع عليها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج . وحرمة النفس والحرمات الأدبية . وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدلل الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طوول حياته أو طوول حياة الخدم . فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات . جاز لمعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن يدفع رب العمل إلى ستة أشهر ( أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدلل الجديد ) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتعهد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بداره الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد . وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً . كان هذا التعهد في الأصل باطلاً ، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلاً . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أهمهم بعد موته . وإذا كان

التعهد صحيحاً ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتعهدده ، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد ، ولا يكون مسؤولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

والنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجه الضرورة ، كالاتفاق على المباراة أو الملاكمة أو المصارعة . وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها . وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره ، في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . أكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضماً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات (١) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٧ مع تعليق بنكاز - أنظر في هذه المسألة بلانويل وربير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨ .

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . وأكثر ما ترد القيود الاختصاصية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره . فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي بتقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعزماً للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون ، بل يشترط في عقد البيع أن يكف المانع عن العمل في هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على أسرار الصناعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص ألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً (١) . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجارمة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار في للصحة والبطالان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢ بولية سنة ١٩٠٠ - سيرة ١٩٠٤ - ١ - ١٧٥ - حكم ثالث في ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ - سيرة ١٩٠٤ - ١ - ٤٥٤ - حكم ثالث في ١٥ بولية سنة ١٩٢٢ - سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢٠٠ .

وانظر محكمة مصر الكلية الوضعية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسبية ١٣ رقم ١٢٠ - ٢٠٠ - محكمة بني سويف في ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسبية ١٤ رقم ٩٥ من ١٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ بولية سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٢٥ - ٦٥٥ . محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ من ٤٦ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٢ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ من ١٥٦ .



يكون التعهد معقولاً (raisonnable) لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده (١) . وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن ، فاشترط لصحة التقييد أن يكون مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا انفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملة (م ٦٨٧) (٢) .

### ٢٣٢ - النظم الإدارية والمالية : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق

مصلحة عامة ، فهي إذن من النظام العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة .

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر . على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ - بيه ١٩١٣ - ١ - ٢٥٣ - محكمة الاستئناف المختطة في ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ من ٢٦٠ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٢ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ من ١٦٢ رقم ١٤٦ - محكمة مصر الكلية الوضعية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٤٢٩ من ٧٩٠ .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - ليون سنة ١٩٢٥ - وانظر أيضاً لاباتي (Labatut) في القيود الانفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي - تولوز سنة ١٩٢٨ .

(٢) ولكن التصرف في العملاء يجوز على النحو الآتي : يصهد طبيب مثلاً ألا يانسر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد - وهو الدائن في هذا التعهد - لعملائه على اعتباره أنه خليفة ، وبصح هذا التعهد في الغالب تازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار السكان الذي حمل فيه ، عيادته . ( انظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف من ٥٠٣ هامش رقم ٢ )

كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رعى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً . يكون عقداً باطلاً لخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تخم الزاخرة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقد باطلاً . فاتفق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقاولة» يرسوه العطاء» عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لخالفته للنظام العام (١) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن ، كالطب والحاماة ، ما ينظم تنظيمًا إدارياً . ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة (٢) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد . ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصورى المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملتزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثاى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملتزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال • ص ٢٥٥ (السمي للحصول على رتبة أو نشان) — وانظر أيضاً في المي ذاته محكمة مصر السككية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ المحقوق ٦ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢ / ٨٥ .

(٢) فلا يجوز للمحامى أن يعمل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدل على أن يرسل الطبيب عملاءه لاصيدل ليتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامى أن يأخذ في مقابل «أتمابه» جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال ضعف الموكل .

وقدر أينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام . وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

### ٢٣٣ - النظام القضائي : نظم التقاضي تحقق في مجموعها « مصلحة

عامة » ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فمحدد اختصاص المحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلي - يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي . فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري . أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة (٢) .

### ٢٣٤ - القوانين الجنائية : ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات

خاصة . لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلا أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية : والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن اتفق جرمية ليست موجودة في القانون . كأن

(١) أنظر آفاً فقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر قواعد الإثبات وحل تعتبر من النظام العام . نظرية المقعد للدول فقرة ٤٨٧

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً . فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة معينة على سبيل الحصر (١) .

## ٢٤ - روابط القانون الخاص

٢٣٥ - **الأحوال الشخصية والمعاملات المالية** : هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية . أو داخلية في دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ - **الأحوال الشخصية** : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام . فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك . بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق اللازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ونصت المادة ٥١ على أنه « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مرر . ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز الزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدني الجديد على أنه « ليس لأحد الزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وكالأهلية الولاية . فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

---

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالتفريط - على أن يسما البيع إيجاراً حتى تنوافر أركان جريمة التبديد .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقياً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج . فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق (١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فلأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوي الأرحام . تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

### ٢٣٧ - المعاملات المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة

عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

(١) أما إذا تمهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا لنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أته هي اضطره إلى ذلك ( تنص مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بجوعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥ ) . وكيف التعهد بأنه التزام أصلي ملحق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

(م ٨٣٤ من القانون المدني الجديد) . لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف مآقره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المهرق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ من القانون المدني الجديد) .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسئولته عن الغش الذي يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

### المطلب الثاني

#### الاتفاقات التي تخالف الآداب

٢٣٨ - **المعرفات الجنسية** : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذي يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي .

### ٢٣٩ - بيوت العهارة : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة

يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري . فيع بيت يدار للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله . وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . وسرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها : إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

### ٢٤٠ - المقامرة : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان

لمخالفته للآداب . ولمن خسر أن يسرد ما دفعه في خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٧٣٩ من القانون المدني الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه . ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من القانون المدني الجديد) . ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء في ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العهارة

### ٢٤١ - أمثلة أخرى لانقافات مخالفة للآداب : ويعد مخالفاً للآداب

كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا ،

كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر . كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك . ولا يجوز الخديعة ولا الاحراف عن واجب الذمة في التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسدون بالحقافة ( claque ) بتأجيرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح . لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك . وأصبح الآن يقضى بتسحيد هذا الاتفاق لأن الحقافة قد يبدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين . ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة ( généalogiste ) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه . مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه . بل كشف له عن سر حقيقى كان يحمله .

## الفرع الثالث

السبب (٥)

( La Cause )

٢٤٢ - السبب عنصر مميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها :

نعرف السبب تعريفاً أولاً بأنه هو العرض المباشر الذى بقصد الالتزام الوصول إليه

(\*) نرى المراجع : كاييتان : السبب في الالتزامات - لوى لوكا ( Louis Lucas ) العين

والقصد - جوسران : البائع في الأعمال القانونية - ريجير : القاعدة الخلقية في الالتزامات - ويوج في الالتزامات جزء ٢ - نكارز ملحق بودرى جزء ٢ - دراسات كاييتان : سيمونيوس ( Simonius ) في السبب في القانون السويسرى ص ٧٥٣ - فان كان ( Van Kani ) أصل الالتزام دون سبب في القانون المدنى ص ٨٧٥ - نظرية القصد المؤلف من فقرة ٥٠٧ - المذكور بهج مدوى من فقرة ١٠٠ - المذكور حشمت أبوستيت من فقرة ٢٢٠ - المسائل والفكلات : أرتير ( Artur ) باريس سنة ١٨٧٨ - برينو ( Brissard ) سنة ١٨٧٩ - تمال ( Timbal ) تولوز سنة ١٨٨٢ - كولان ( Colin ) باريس سنة ١٨٩١ - سيفريادس ( Séfériades ) باريس سنة ١٨٩٧ - بانيلا ( Plesnila ) باريس سنة ١٩١٠ - بيثون ( Pichon ) باريس سنة ١٩١٤ - ساماييه ( Savatier ) بوانتييه سنة ١٩١٦ - ديرييل ( Dubreuil ) ليون سنة ١٩١٩ - لويس لوكاس ( Louis Lucas ) ديجون سنة ١٩١٨ - دابن ( Dabin ) بروكسل سنة ١٩١٩ =



من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل - كما يقال عادة - هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين ( Quid debetur ) ، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين ( Cur debetur ) (١) .

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام . بل يقتصر على الالتزام العقدي إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب ، أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب . وإن تميز عن الإرادة . متصلاً بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعي ، كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعي وتميز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة . ولكن الركنين متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر (٢) .

== ومقال له في المصائر الحديثة لنظرية السبب في الالتزامات في بنجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ - موزي (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ - يوناكو (Ionascu) باريس سنة ١٩٢٣ ، ومقال في مجلة القانون المدني الإقليمية سنة ١٩٣١ - سيليس (Célica) باريس سنة ١٩٢٣ - كاسان في مجلة القانون التجاري السنوية سنة ١٩٢٣ - ماكرون (Macqueron) باريس ١٩٢٥ - شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ - برس (Brenso) في السبب في القانون الإنجليزي ديجون سنة ١٩٢٩ - رينو (Ronaud) باريس ١٩٣٠ - فيدل (Vedol) في السبب في القانون الإداري تولوز سنة ١٩٣٤ - بواجيزان (Bois Juzan) بوردو ١٩٣٩ - الأستاذ عبد الحميد رشدي مقال في المحاماة السنة العاشرة - الأستاذ نصيف زكي مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة .

(١) وأول من قال بهذه الفارقة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audoult) ، ثم قلها عنه كثير من الفقهاء : أوبري ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش رقم ٢ - هيك ٧ ص ٧٥ - ديغولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفترة ٣٥٥ - لوران ١٦ فقرة ١٠٩ - زدهي وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفترة ٣٠٢ - ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولاسيه ٢ فقرة ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

## ٢٤٣ - السبب والإرادة معنيان متضمان ، ولكن السبب

**والشكل معنيان متضامان :** وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد ، وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك لأن الإرادة ، من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية ، إذا انطقت من قيود الشكل ، وجب أن تنقيد بالسبب . وعند ما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذي يكون العقد ، لم يكن للسبب من أثر . وبدأ السبب في الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة محل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب . وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . وهكذا كانت الحال في القانون الروماني : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . وما أضحى الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل . وهكذا كانت الحال في القانون الفرنسي القديم : فإن السبب لم يكده يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية في العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تسيطر . وبرز قوياً ليحيط الإرادة بقيود محل محل قيود الشكل . وهكذا هي الحال في القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأبنت نظرية السبب وتطورت . بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت في القانون الكنسي . لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلي في الانتقاص من سلطان السبب .

## ٢٤٤ - عمارة السبب بالمشروعية وبموجب الإرادة : منذ تحررت

الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا . وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفي صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب . وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمي التعاقد نفسه من هزله ونسيانه .

ومما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية أخذت تحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً .

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت في نظرية السبب . ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب . فانفصل الإكراه ، ثم انفصل التدليس . وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط في منطقة مشتركة ، هي منطقة السبب المغلوطة أو الغلط في السبب . وقد أتم القانون المدني الجديد هذا التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً . وأصبح السبب في هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة - دائرة السبب المشروع - هي الدائرة الأولى التي نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر في القانون الكنسي . وبذلك رجع السبب سيرته الأولى ، وعاد كما بدا .

## ٢٤٥ - تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى

عقد رضائي مجرد : وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فسيقرنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائي (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر . ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . وسرى أن القانون المصري الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر في ذلك على نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى في دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال العقد رضائياً ، وحيث تشغل نظرية السبب في العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة أضيقه .

## ٢٤٦ - ملاحظة البحث في نظرية السبب : ونستعرض نظرية السبب في

مبحثين ، نتعقب في المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط في المبحث الثاني نظرية السبب في القانون الحديث .

## المبحث الأول

### كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ - القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم : في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يأتي التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الرومان ظل يعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكائية . وقد نبئت النظرية ثم نزعرت . منذ تحورت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا . ونظريات النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها . وانقلبت على يد دوما ( Domat ) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهداً طويلاً . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث . ضحية الأثر . قابضة الجذوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جذبتها في العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية .

### المطلب الأول

#### نظرية السبب في القانون الروماني

##### § ١ - العهد القديم

٢٤٨ - العقود كانت شكائية فلم يكن للسبب فيها أي أثر : كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكائية . فكان العقد ينفذ بأوضاع وأشكال خاصة . ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكائية ثلاثة : عقد يتم بوزن صوري ( nexum ) . ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي ( litteris ) ويتم بكتابة على نحو خاص . والعقد اللفظي ( verbis ) ويتم بالفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكائية عقوداً بالذات : بل كانت قوالب نصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه

الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها «السبب المدني» (causa civilis). فهي ليست سبباً للالتزام العتدي على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هي سبب لانعقاد العقد . أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون (١) . وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد . وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضروري لأن العقد بدون لا ينعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم ؛ وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة . هو الذي يوجد العقد . ومن ثم يبين أن السبب في هذه العقود الشكلية لم يكن له أي أثر في تكوين العقد ؛ فسواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع . فإنه لا شأن له بالعقد . مثله في ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانوني انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

## ٢٤٩ - وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب

فيها أي أثر: وكما كانت العقود في العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوذ وصع خاص هو الذي ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هي أيضاً ثلاثة : وضع يتم كمال عبقة (mancipatio) ، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (in iure cessio) ، ووضع مادي يتم بالتسليم (traditio) . وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية ، دون نظر إلى السبب الذي انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شراء . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينتقل به البائع ملكية المبيع إلى المشتري ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم . ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

(١) لم يقتصر «السبب المدني» (causa civilis) في القانون الروماني على العقود الشكلية ، بل كان بوجه عام هو المصدر القانوني الذي يكون العقد وينشأ عليه توفيقاً للمادة . ومن ثم يكون «السبب المدني» للعقد الشكلية هو الشكل ، والعقد المعيبة هو تسليم الشيء ، والاعتقاد الرضائية هو مجرد الاتفاق . والعقد غير المعيبة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

## § ٢ - العهد المدرسي

### ٢٥٠ - انخفاض أكثر العقود الشكلية : تطور القانون الروماني بانتشار

التجارة وتقدم طرق التعامل . فاختفت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصوري ( nexum ) بزوال الفائدة التي كان يوليها . وهي دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين ( manus injectio ) . واختفى العقد الكتابي ( litteris ) باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها . وكان الرومان قبلاً يحتفظون بها . ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت . فانقرض بانقراضها العقد الكتابي .

ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي ( verbis , stipulatio ) لسهولة النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلي .

### ٢٥١ - برز ظهور السبب في العقد اللفظي : على أن العقد اللفظي

مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الروماني من أن بدأ بفكرة السبب . تأثر بها تأثراً غير مباشر في ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً في ناحية ثالثة .

فإذا كان العقد اللفظي سيده غير موجود أو غير مشروع . فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر في القانون الحديث . بل كان العقد يبقى صحيحاً .

ولسكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني ( condictio sine causa ) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب

أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يالجا إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو إذا لجا إليها كدفع يستطيع أن يتوفى

مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . وإذا لجا إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ،

أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به . وسرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه (١) . ويلاحظ

أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الروماني المدني ( Jus civil ) .

(١) ومن ثم كان أول مظهر لفكرة السبب في تطورها مظهر اتخذت فيه صورة الإثراء

بلا سبب ، على فرق ما بين معنى « السبب » في المالكي .

أما القانون البريتوري (droit prétorien) فقد جعل للمدين في الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالغش (exceptio doli) يستطيع به أن يتولى مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما ناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بنى العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ . عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك في ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود . فقد جرت العادة في القانون الروماني بأن يتعهد المقرض ببرد القرض بعقد لفظي . ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظي بدلا من التفوه به ، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً ، والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد . فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن نعسف المقرضون بالمقرضين . إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد . ويقع عليهم منع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطوري (constitution impériale) تعديلاً في هذه الأحكام يقضي بأنه إذا التزم المقرض . واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم في الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae) . وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقرض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن في هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام . وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب في العقد اللفظي عن طريق مباشر . فانهدام السبب يمنع نفاذ العقد . ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد

أن يصير العقد نافذاً (١) .

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب في العقد اللفظي . فإن السبب لم يبق على أساس نفسي متصل بإرادة المتعاقد ، بل قام على أساس موضوعي لا صلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة أن المقرض لم يتسلم القرض ، وأن العدالة تقضى في هذه الحالة ألا يلتزم بشيء نحو المقرض . فالسبب هنا كالسبب في الفرضين السابقين - دعوى الاسترداد والدفع بالغش - إنما قام على اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة . وبنيت الشككية في العقد اللفظي مانعة من ظهور السبب متصلاً بالإرادة . ذلك أن الشككية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان ، وإذا طردت الشككية الإرادة فإنها تترد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسي وهو المعنى المتصل بالإرادة .

## ٢٥٢ - ظهور السبب في العقود غير الشككية : وقد ظهر إلى جانب

العقود الشككية في القانون الروماني عقود أخرى غير شككية ، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع . ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينه . فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة في تكوين العقد .

أما في العقود العينية - وهي القرض والعارية والوديعة والرهن - فإن الإرادة لم تكن ظاهرة ، وكان أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم ، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مثريباً دون سبب . وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية - وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة - فالإرادة فيها تتدخل في تكوين العقد ، بل هي وحدها كافية

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر في العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد تخذ (cautio discreta) أى إذا لم يعترف المدين كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم . ولم تنف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد الجير ، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثلثات غير النقود : وعممت القاعدة بعد ذلك ، فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كايثان في السبب فقرة ٤٤ - بلانول وريبير وبولانجي جره ٢ فقرة ٢٨٤) .



تكوينه . ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً . في عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشتري . بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يرقم التزام المشتري لانعدام السبب . ولكن فكرة السبب في عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد ، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه . ويظهر ذلك في امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفي امتناع الفسخ وفي تبعة هلاك المبيع . وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب . فكان لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن ، فالزام كل المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . وإذا كان القانون الروماني جعل للمشتري فيما بعد دعوى الغش لبيع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع . وجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الثمن ، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته ، بل لاعتبارات ترجع للعادلة . ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضي بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع ( *actio ex empto* ) (١) . كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يرقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، وبطالبت بتنفيذ الالتزام الذي لم يتفد ، حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يرقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن الزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع . وفي هذا إمعان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع هلاك المبيع بتنفيذ التزامه . بقي المشتري مع ذلك مازماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الروماني قاطعاً في المعنى الذي أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع في القانون الروماني لم يكن ينشئ في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ولم يكن المشتري يصبح مالكا للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال - كما قيل في

القانون الفرنسي - إن المشتري يتحمل تبعه الهلاك لأنه أصبح مالكا . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند تكوين عقد البيع حتى صبح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع . بل يصبح كل التزام في تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر . وتقف فكرة السبب كما قدمنا عند تكوين البيع . دون أن يتجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ (١) .

وفي العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتي : في عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذي يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض . وهذا الالتزام الأخير يقوم لاعلى إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضاعفاً إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر في أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلا . فتحقق السبب . فأرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه (٢) .

وفي الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع ( animus donandi ) ، وهي السبب في التزام المتبرع . وترتب على ذلك نتيجة هامة ، هي أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعا ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقرنة بشرط ( donatine sub modo ) يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد ( conditio causa data, causa non secuta ) ، وله

(١) أما في عقد الإيجار فإن الارتباط يتجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة في هذا المقعد تقابل الانتفاع ، فإذا تمذر الانتفاع ولو بقوة قاهرة ، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تجب . وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للوئجر الحق في استرداد العين المؤجرة ( كابتان في السبب ص ٩٨ ) . ورجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمني ، الزمن فيه عنصر جوهري ، وهو عل العقد ذاته .

(٢) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا . وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلا من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التي كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقد المسماة ، أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة لفسخ العقد ، وفي هذا اعتراف بالسبب فهو الذي يبي على تخلفه صبح العقد ( كابتان في السبب فقرة ٥١ ) .

أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن البائع على الوصية هو اعتقاد لموصي أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها (١) .

### ٢٥٣ - موقف القانون الروماني من نظرية السبب وتبين مما قدمناه

أن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif) ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque) ، وهو واحد لا يتغير (invariable) في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فزجوه بالبائع ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه (٢) . وسرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما (Domat) ، في صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم . قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

## الطلب الثاني

### نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٢٥٤ - عمره : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت التقيين المدني الفرنسي : من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر .

(١) كاييتان في السبب فقرة ٥٥ .

(٢) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكائية ، فلم تضع الرومان أية حجرة للسبب ، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة السبب ، فصعدوا بها السبب المدعى . (Cass. 1848) . على أن يراه ولا تقدم

وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر . إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن نهأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقتة . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته التفهاء في صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب . حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي .

فنحن نتبع تطور نظرية السبب في كل من هذين العهدين : (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذي بدأه دوما .

### ١٩ - نظرية السبب في العهد الذي سبق دوما<sup>(١)</sup>

٢٥٥ - الرومانيون والكفسوبه : تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من التفهاء : فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes). فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية في السبب . وهي فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا . ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت في القانون الروماني . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة . فالتزعواها من أصلها الروماني إلى أفق أرحب . وجعلوها فكرة مؤثر فعالة . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

### ٢٥٦ - فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين : عباد المحشون

(glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية . وتظنوا السبب في مختلف العقود . ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ، بل هو مجرد ذكره في الورقة المثبته للعقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم . وعزا بنوع خاص بالعقد الملزمة للجانيين . فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الروماني . فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ،

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد كاييتان في السبب فقرة ٥٧ - فقرة ٧٧ - شيريه (Ch. vrier) في تاريخ السبب في الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ - بوا حسان (Bois - Juzan) في السبب في القانون الفرنسي بوردو سنة ١٩٢٩ من ١١٠ - ص ١٤٤ - والمراجع المشار إليها في هذه المؤلفات .

بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون ، بين السبب والباعث : فسموا الأول «السبب القريب» ( causa proxima ) وكان المحشون يسمونه «السبب القصدى» ( causa finalis ) ، وسموا الباعث «السبب البعيد» ( causa remota ) وكان المحشون يسمونه «السبب الدافع» ( causa finalis ) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه «بالسبب المدنى» ( causa civilis ) وهو السبب الإنشائى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شيء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث .

ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب . ولكنهم كما قدمنا لم يجاوزوا الحدود التى انزعمها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا نفسية : داخلية فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

## ٢٥٧ - فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين : أما فريق الفقهاء

الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم . هى الاعتبارات الأدبية المسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم - لا الشكل - هى التى تنشئ العقد وتجعله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا المبدأ حتى أقرروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، أى حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان ينافى غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع بعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج

بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد . والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً . فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط . بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع . الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة . وتنفيذه يعد خطيئة أخرى . وها نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقده . وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها في القانون الرومانى . شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملاً نفسياً زائراً بالقوة . بعيداً في الأثر . ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة - بعد أن جردوها من الشكل - الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه . وربطوها به : فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه . وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى . الموضوعى . الداخلى في العقد . والذى يبنى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ، الخارج عن العقد . والذى يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

أولاً - أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً في تكوين العقد .

ثانياً - أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً - أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيماً على الإرادة . فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يدوروا مبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً

صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى ( *pacte nu* ) ملازم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى» عبارة «الوعد المسبب» ( *promesse causée* ) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة ( *pacta vestita* ) طائفة جديدة هي طائفة «الوعود المسببة» .

رابعاً - أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى . إذ حررها من الشكل . وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه لتحقيق ، غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الرومانى الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادئ الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التى تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية العرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، فى إبطال العقد . السبب غير الحقيقى . فإذا وقع غلط أو تدليس فى الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقى . وبطل العقد . ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر . لإيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة فى نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين ( *civilistes* ) من أمثال أوازيل ( *Loysel* ) (١) ودومولان ( *Dumoulin* ) ، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، وأصلين فى هذا ما بين الإرادة والسبب ، وجاعلين للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الكنسيون . وبقى فقهاء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان ( *Connan* ) ودونو ( *Doneau* )

(١) وهو صاحب التل المشهور : « يربط البقر بقرونه ، ويربط الرجل بكلامه ، ويجرد الوعد أو الاتفاق يعدل العقود الانطية فى القانون الرومانى » . « *On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que la stipulation du Droit Romain* » . ( *Inst. cont. max.* 357 ).

محققين على تقاليد القانون الروماني . فلا يسلمون بأن الاتفاق العاري عقد ملزم . ولا يفهمون السبب إلا في ضوء الفكرة الرومانية الضيقة . ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثاني . فاعترف الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التي تهدف لتحقيقها غاية مشروعة . وفهم السبب بالمعنى الذي ابتدعه الكنسيون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العقود التي تهدف لاستغلال النفوذ . واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات . وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما بصوغ نظرية عامة للسبب . ونظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

٢٥ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدني الفرنسي (١)

٢٥٨ - العوامل التي أثرت في هذا العهد وفقراته البارزوه :

جاء دوما في القرن السابع عشر . وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة في تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التي كانت تؤثر في التفكير القانوني لرجال هذا العهد ثلاثة :

أولاً - انتكاص القانون الروماني وتقلص نتوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية . وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية . كل هذه التقسيمات الدقيقة أخذت تهجر ففسر في طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين ( civilistes ) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية في السبب كما قدمنا .

ثانياً - أثر القانون الكنسي . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبدن في مبدان سلطان الإرادة . فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسير وراءهم في ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

(١) أنظر بوع خاص في هذا العهد : كايثان في السبب فقرة ٧٧ - فقرة ٨٠ - شيفريه ٢٤٦ - وما بعدها - تبال ٨٨ وما بعدها - يوناسكو ٤٢ وما بعدها - بواجيران ١٤٤ وما بعدها



ثالثاً - انتشار مبادئ القانون الطبيعي . وقد حمل لواءها جروسيس ( Grotius ) الفقيه الهولندي المعروف . وهي مبادئ توحى بنذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة . وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها وتحرير الإرادة منها .

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا . وطبعه بطابعه . وبقي أثر هذا الفقيه الفرنسي الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه في نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب في بعض التفاصيل . وأبرز هؤلاء الفقهاء قتيان : بريثودي لاچانيس (Prévôt de la Janès) وبوتيه (Pothier). ونستعرض أولاً ما كتبه دوما في نظرية السبب . ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقهاء .

### ٢٥٩ - نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في

نظرية السبب. بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه «القوانين المدنية» . كان يبسطها بسطاً موجزاً . دون مناقشة أو بحث ، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة في عصره ، ولا يرى نفسه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من المبالغة أن يقال - كما قال كثيرون - إن دوما له حظ كبير من الابتداع في نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب، من أمثال الفقيه الكبير كايبتان : رأيهم من أن دوما له فضل عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعي ، وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجذبة . والغريب أن دوما قد انتقاد في هذا : لا لحكم العقل وقواعد المنطق التي ألفها وسار عليها في كتابه (١) ، بل إلى البقية من أثر القانون

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعي ، عرف بأنه هو الذي أحيا التفكير للعقل في الفقه المدني . فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية» بالنظام الطبيعي (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ولم ينهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك أبدي في الإقناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit au repos) كما يقول .

الرومانى التى تسربت إلى القانون الفرنسى القديم على أبدى الفقهاء الرومانيين ( romanistes ) وفريق من الفقهاء المدنيين ( civilistes ) الذين تأثروا بالأولين . على أن لنوما مزيتين لا ينكران في هذا الشأن : (أولاهما) هذه النظرة الشاملة التى أحاط بها موضوع السبب . فصاغ منه نظرية عامة محبوبة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو . كانت هناك أحجار مهدئة للبناء . فشبذ منها دوما بناء مدعما متماسكاً ، هو هذا الذى انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء . ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التى ظلت سائدة طوال القرن الماضى . (والمزية الثانية) أن دوما سجل في وضوح كامل ما وصل إليه عصره في تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دانت دولتها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العارى غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة . وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق في عبارات جلية واضحة فيقول في كتابه «القوانين المدنية» (١) : «كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن . ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن نيسط ما كان القانون الرومانى يقيمه من فروق بين العقود التى لها اسم معين والعقود التى لا اسم لها . فهذه التمييزات التى تنطوى على دقة زائفة لم تعد مقبولة في عرف عصرنا . وهى مدعاة للاضطراب من غيرما فائدة » . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة في عصره ، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التى تقرر أن «الاتفاق وحده ملزم» (Solus consensus obligat) قد ظفرت في النهاية ، وفاز أصحابها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الرومانى .

أما العيب الجوهرى في نظرية دوما فهو أنه تأثر في هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أماناء للقانون الرومانى ، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة (٢) . وهنا يتولانا شيء من العجب . فإن دوما ، وهو من

(١) الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول فقرة ٧ .

(٢) ويذكر كاستان في كتابه في السبب ( ص ١٦٠ - ص ١٦٣ و ص ١٦٣ هامش رقم ١ ) أن دوما تأثر في نظريته في السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) - أظن أيضاً في هذا المعنى بلانيسول وريير

أنصار المنطق والقانون الطبيعي ، وقد رأيناه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطأوع في ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسى . يرجع الفقهى عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير في منطقته إلى مدهاء ، ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تنقيد بالغرض الذى اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، يأبى دوماً أن يكون منطقياً في نظرته للإرادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود ! وقد يعلل ذلك أن دوماً أثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها ، ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوصية النظرية الكنسية في السبب وما لها من مبدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوماً وهو يبسط نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة . الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : وفي الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجرى التعامل دون أن يكون فيه أى تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس لالتزام الآخر . وحتى في العقود التى يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم . كما في اقراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقرض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذى ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً في جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً في الواقع على سبب (١) . ثم يتابع دوماً بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفي الهبات ... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحققة ، كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة في عمل الخير من جانب الواهب . وهذا

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول — وقرر دوماً في موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذى تم على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلاً ( الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ١٣ ) ، فهو يستصحب السبب من تكوّن العقد إلى تنفيذه .

الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى طرف الذي أخذ ولم يعط شيئاً (١) .  
وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة ، دوماً يرى أن السبب في التبرعات  
قد يكون هو الباعث . كما كان الأمر في القانون الروماني على ما قدمنا .  
ولكنه في موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب في الهبات أن  
تميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التي يعلن الواهبون أنها هي أسباب تبرعهم  
وبين الشروط التي يفرضونها في هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشروط  
في الهبة المنتهية بشرط يبطلها . فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث  
التي ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر في هبة أنها تمت لخدمات أسديت  
أو لتمكين الموهوب له من أن يمتلك شيئاً يريد . فإن الهبة لا تبطل حتى لو  
ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن  
إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة . وقد تكون له بواعث أخرى غير التي أعلنها (٢) .  
ويستخلص الأستاذ كاييتان من هذه العبارات أن دوماً يميز في عقود التبرع  
بين السبب والباعث . فالسبب هو الذي يؤثر في صحة التبرع ، أما الباعث  
فلا أثر له (٣) .

وبتين ما قدمناه أن دوماً يشترط قيام السبب في جميع العقود . فالسبب  
في التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجائين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ،  
أي التزامه المقابل . والسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد  
هو ما قام به المتعاقد الآخر . أي التسليم الذي تم من جانبه في مبدأ الأمر .  
والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع ، أي نية التبرع .  
ومن ذلك نرى أن نظرية دوما في السبب قامت على الفكرة الرومانية  
الضيقة . وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون  
الروماني .

- (١) . القوانين المدنية ، الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول .  
(٢) . القوانين المدنية ، الكتاب الأول - الباب الثالث - الفرع الأول فقرة ١٣ .  
(٣) كاييتان في السبب فقرة ٢٦٩ . فان بواجيران (ص ١٥٠ - ص ١٥٥) وهو يستخلص  
من هذه العبارات أن دوماً يعد الباعث في التبرعات ، ويجعل له أثراً في صحتها - ويبدو  
أن دوماً يميز بين الباعث الدافع للهبة ، ومضبره أن يكون شرطاً مروضاً المقصد ، وهو يؤثر  
في صحة التبرع . وبين المدومع التي تذكر في المقصد دون أن تعرض شروطاً ، وهذه لا تؤثر  
لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى تمت على التبرع .

## ٢٦٠ - نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء : ولم يرد الفقهاء

الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسي القديم على أن يرددوا مقالته دوما في نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قدمنا ، فقيهان : بريثو دى لاچانس وبوتييه .

كان بريثو دى لاچانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون في جامعة أورليان في النصف الأول من القرن الثامن عشر . وقد توفي في سنة ١٧٤٩ . ذكر في كتاب له (١) أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause) . وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذي دفع المتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام في البيع ، فذكر أن السبب في التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده في العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما (٢) .

أما بوتيه (Pothier) الفقيه الفرنسي المعروف - وقد خلف بريثو دى لاچانس في أستاذية القانون بجامعة أورليان - فكان أوضح بياناً من سلفه في بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية . ذكر في كتاب « الالتزامات » (٣) ما يأتي : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . ففي عقود المعاوضة يكون السبب في الالتزام الذي يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له . أو التبعة التي يتحملها . وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أي سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذي يتضمنه . ثم ينقل بوتيه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذي عقد

(١) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions.) القسم

الثاني - الباب الثامن - الفصل الثاني .

(٢) كايان في السبب فقرة ٨٠ - ويرى بريثو دى لاچانس أن العهد المكتوب يكون

ذا سبب صحيح إذا ذكر العهد أنه يقر بدوتييه وتعهد بالتدفع . (نظر في بوتييه في سبب كاف

للتزام (بواجيزان ص ١٥٨ - ص ١٥٩)

(٣) فقرة ٤٢ .

من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو لآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs) ، فالالتزام باطل ، ويطل العقد الذي يتضمنه (١) .

ونرى من ذلك أن يوتيه رد في وضوح وإسهاب ما سبته إليه دوما . وإذا كان قد زاد عليه في التفصيل . ففي المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، بل حدده أيضاً في العقود الاحتمالية وجعله التبعة التي يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر في وضوح أن السبب في التبرعات هو نية التبرع . وكان دوما غير واضح في ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أقاض في ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح . فوضع الأساس لشروط السبب في النظرية التقليدية (٢) .

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما ويوتيه في المواد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هي الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب . أوردناه في شيء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهي تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيها ، سواء في ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . وننتقل الآن لبسط نظرية السبب في القانون الحديث .

## المبحث الثاني

### نظرية السبب في القانون الحديث

٢٦١ - ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسي القديم إلى قانون نابليون ، وبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو

(١) « الالتزامات » ، فقرة ٤٣ .

(٢) وراد يوتيه أيضاً في أنه ميرور سبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى انحراف مدى بقدره إليه الملتزم ، فوضع مدونة انقسم ثلاثاً للسبب لدى ستراف في النظرية التقليدية .

الذى رأيناه عند دوما وبوتييه . وهذه هى النظرية التقليدية فى السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدية ، إذ هى مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب فى ذاتها . سواء فى صورتها التقليدية أو فى صورة أخرى لها معدلة . ولكن القضاء فى فرنسا كان بمعزل عن هذه الخصومات الفقهية . وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية المخصصة وهى النظرية التى تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعلاً . ومن ثم قامت النظرية الحديثة فى السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت فى أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذى عبد لها الطريق كما رأينا . ثم تبع الفقه القضاء فى ذلك . وقد تلى القانون المدنى الجديد النظرية وهى فى مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان فى منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولاً) فى نظرية التقليدية . (ثانياً) فى النظرية الحديثة (ثالثاً) فى نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدنى الجديد .

## المطلب الأول

### النظرية التقليدية فى السبب

#### ٢٦٢ - المنصوص فى القانون المدنى الفرنسى وفى القانون المدنى

المصرى القديم : تلى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسى . وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر (١) . وسرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم ينتعلوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية فى نصوص قانون نابليون من الناحية الآتى :

(١) أنظر سلفاً وأولاً للنظرية التقليدية للسبب فى ديملوب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب ( sans cause ) ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح ( fausse cause ) - أو على سبب غير مشروع ( cause illicite ) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .  
ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا جرمه القانون ، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام .

وقد نقل القانون المدنى المصرى القديم عن قانون نابليون هذه النصوص بعد أن أوجزها فى نص واحد على الوجه الآتى :

نعت المادتان ٩٤ / ١٤٨ من القانون المدنى المصرى القديم على أنه يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .  
والأصل الفرنسى لهذا النص العربى أدق . فهو يقضى بأن «الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع (١)» . فجعل السبب شرطاً فى وجود الالتزام لا فى صحته فحجب .

ونتناول الآن النظرية التقليدية . فتكلم أولاً فى معنى السبب فى هذه النظرية وفى الشروط التى يجب توافرها فيه . ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التى تقدم بها خصوم السبب فى تفنيده ، والحجج التى تقدم بها أنصاره فى تأييده .

١§ - معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

١ - تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية

٢٦٣ - السبب الإنشائى والسبب الدافع والسبب القصدى :

تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائى ( cause efficiente ) والسبب الدافع ( cause impulsive ) والسبب القصدى ( cause finale ) (٢) .

(١) وهذا هو الأصل الرسمى : «L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite».

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من التمييز بين السبب ( causa proxima, finalis ) والباعث ( causa remota, impulsiva ) ( أنظر آراءه فى ٢٥٦ ) ، وفى التمييز الذى قال به يونيه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى نغرض الذى يقصد إليه الملتزم ( أنظر آراءه فى ٢٦٠ فى الهامش ) .



فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لا يعيننا هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام . فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكانه ، أو أن يجعل منه محلاً لعمله ، أو أن يديره للعقارة . أو أن يجعل منه نادياً للعقارة ، الخ الخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد ( extrinsèque ) . فلا يذكر في الاتفاق ضرورية ، ولا يستخلص حتماً من الالتزام . (٢) هو شيء ذاتي للملتزم ( subjectif ) ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شيء متغير ( variable ) ، لا في كل نوع من العقود فحسب . بل في كل عقد على حدة ، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد . فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف . مبتثقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدي - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية - وإذا أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

## ٢٦٤ - السبب في الطوائف المختلفة للعقود . وتستعرض النظرية

التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب - ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدي - في كل طائفة منها ، على النحو الذي جرى عليه دوماً وهوتيه .

في العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام

الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع : وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع - هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن - هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالتأبض والإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد . إذا كان العقد عينياً . قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة (١) . يكون سبب التزام المتعاقد الملزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقرض يلتزم برد القرض لأنه تسامه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً . كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائي . وهو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه . وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق (٢) .

وفى عقود التبرع السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له ، وهذا هو السبب فى تبرعه .

## ٢٦٥ - خصائص السبب : وينبغي مما تقدم أن خصائص السبب فى

النظرية التقليدية هي عكس خصائص الباعث . فالسبب شيء داخلى فى العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شيء موضوعى (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود ، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع . وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب

(١) وهذا فى غير القانون المصرى الجديد الذى ألغى العقود العينية كالأبنا ، ولم يبق منها إلا هبة المنقول . ثم هذا يفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٢٨ .

في الفكرة الرومانية القديمة .

## ٢٦٦ - قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه :

ونحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد . ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجائين . فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هي نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هي نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها . ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقاء قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة . فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه ، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد . أو أن يجعل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعه هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه (١) .

## ب - الشروط الواجب توافرها في السبب

## ٢٦٧ - شروط مبررة : بخلص من النصوص التي أوردناها في القانون

المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ . فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه استحالة التزامه (أنظر آتياً فقرة ٢٥٢) . فالنظرية التقليدية في السبب متقدمة في هذه الناحية على القانون الروماني .

فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

**٢٦٨ - وجود السبب :** تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب . ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء ، بل هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .

ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول . بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود . أي غير واهمين في وجوده . وبصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك ؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونية وهو غير مدين . أي لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم . فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود . وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونية باطلا لانعدام السبب . ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً . فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلا لانعدام السبب . ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار بإرادة منفردة لا عقداً ، فإن السبب ركن في كل التزام إرادي ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود . دون أن يكون هناك وهم أو إكراه . فيأسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) . وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً . فيمضى سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصوري سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمته إلى

المدين . فيدفعها هذا الحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم : لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند انجاملة . ولا يحتاج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية . ونكّن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطالان السند لانعدام السبب (١) .

وبتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد . وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذى يرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ - **سبب السبب** : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً . فالسبب غير الصحيح ( fausse cause ) لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : (١) إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط ( cause erronée ) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى ( cause simulée ) .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهوليس يوارث . فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث . فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضى إقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث . فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه

(١) وتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، في عقد احتال يسمى «كرة التلج» (boule de neige) (أنظر في ذلك نظرية المقد المؤلف من ٥٥١ هـ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق في سائر العقود الاحتمالية - وهى عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الحائزين - فإذا انعدم هذا الاحتمال في جانب اعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك عن بينة وفي غير إكراه .

موهوم . مدین يتفق مع دائته على تجنيد الدين : فيبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه . فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقى السبب الصورى . والعقد الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب . فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان . ولكن إذا أثبت المدین صورية السبب . فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقى . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقى موهوم لا لأن السبب الظاهر صورى . وإن كان السبب الحقيقى غير مشروع . وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب : سقط الالتزام أيضاً . لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقى . أما إذا كان السبب الحقيقى مشروعاً غير موهوم : فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر (١) .

## ٢٧٠ - مشروعية السبب : وينبأ أخيراً أن يكون السبب مشروعاً .

والسبب المشروع هو الذى لا يخرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للأداب (٢) . وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للأداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب . عند أصحاب النظرية التقليدية . شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة : نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه : فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع .

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧) .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ المحرق ١٦ ص ١٧٩ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ - وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩ .

فلا يقوم هذا الالتزام . لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب .  
(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة ، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلامنا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقد سببيه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء (١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود (٢) . والقضاء

(١) أوبري ورو ٤ ص ٥٥٣ - لاروميير ١١٣٢ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٤

فقرة ٣٣٥ - لوران ١٦ فقرة ١٥٠ - بنواير ص ٥٤١ .

(٢) قس درسى في أول مايو سنة ١٨٥٥ والفرز ١٨٥٥ - ١ - ١٥٧ .

في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية (١) ببطان العقد ، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج ، في أمر زوجته بسبب انزوال المرأة عن الرجل (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة (٣) بصحة العقد إذ أن الغرض الذي يرمى إليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية . فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عهده تم الزواج أو لم يتم . ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأي كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل : فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح . ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج .

## § ٢ - خصوم السبب وأنصاره

### ١ - خصوم السبب

#### ٢٧١ - الهجوم على النظرية التقليدية : منذ أن استقرت النظرية

التقليدية ، منقولة عن دوما وهوتيه على النحو الذي بسطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الألق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكي إرنست (Ernst) وكان أستاذاً في جامعة لييج . كتب

(١) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .  
(٢) ويؤيد هذا الرأي والتون (جزء أول ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص ٢٥٤) .

(٣) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .



مقالا في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste) (١) بين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركنا متميزاً . فهو يختلط إما بالحل في العقود الملزمة للجائين . وإما بالرضا في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له . وتغني عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) (٢) وكورنيل (Cornil) (٣) ، وهما أيضاً قتيبان بلجيكيان . وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ، هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم (٤) .

ولسكن الحملة على نظرية السبب لغت النظر بنوع خاص عندما انحاز پلانيول إلى خصوم السبب (٥) ، ورد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة (٦) . وكذلك فعل دابان (Dabin) (٧) وواتون (٨) .

ونقف عند نقد پلانيول لنظرية السبب التقليدية ، ففيه خلاصة واضحة للحجرات التي قام بها خصوم السبب ، وكان هو المعول الفعال في هدمها .

## ٢٧٢ - نقد پلانيول لنظرية السبب التقليدية : يقول پلانيول إن

نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هي غير ذات فائدة .

(١) سنة ١٨٢٦ م ٢٥٠ - م ٢٦٤ .

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) في رسالة عنوانها : «مناسبة تنقيح القانون المدني . السبب في العقود» بروكل سنة ١٨٩٠ :

«A propos de la révision du Code Civil — De la Cause dans les conventions» . Bruxelles 1890.

(٤) انظر منهم أرتير (Artur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ — تامبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيربادس (Séferiades) بحث انتقادي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — أنظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع .

(٥) الجزء الثاني فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩ .

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٧ .

(٧) نظرية السبب بروكل سنة ١٩١٩ .

(٨) ويقول الأستاذ واتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للنقد الشديد ، ويتوقع أن الفنين المدني عند تنقيحه يتخذ فكرة السبب كركن في الالتزام ، ويسير في ذلك على نهج فقهاء الألمان والبرسري (واتون ١ م ٥٩ — م ٦٠) .

أما أنها غير صحيحة . فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب في فروضه الثلاثة :  
العقد الملزم للجانبين والعقد العيني وعقد التبرع . ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول . كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن في هذا استحالة منطقية . ذلك أن الالتزامين يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد . فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر . لأن السبب يتقدم المسبب ، وهما قد نشأ معاً كما رأينا . وفي العقد العيني يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين . ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذي كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيخلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً . وفي عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع . وهذا قول خال من المعنى ، وإلا فأية قيمة لنية التبرع في ذاتها إذا لم تقرر بالعوامل التي دفعت إليها !

وأما أن النظرية غير ذات فائدة . فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشيء آخر . ففي العقود الملزمة لجانبين يمكن أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني ، وتعني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب . وفي العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المتيقن من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم في العقد العيني وانعدام نية التبرع في الحبة . وهذا معناه انعدام العقد ذاته . فلنسا إذن في حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود .

## ب - أنصار السبب

### ٢٧٣ - الدفاع عن فكرة السبب : أما أنصار السبب فكثيرون .

منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء كابتان في كتابه المعروف « السبب في الالتزامات » (١) . ومنهم من يدافع عن فكرة السبب في ذاتها ، ولكنه يهجر في الدفاع عنها النظرية التقليدية

(١) انظر أيضاً علماء الفقه التقليدي كأوبري ورو وديمولوب وبيدان وبغوار . وانظر ريسو في رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان في رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ وبوتاسكو في السبب سنة ١٩٢٣ .

إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سئرى .  
ونبسط هنا دفاع كاييتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير في إيجاز إلى  
بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

## ٢٧٤ - دفاع كاييتان عن نظرية السبب التقليدية : يمكن الدول أن

كاييتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو في صدد الدفاع  
عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها .

فعند كاييتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل  
ذاته ، بل هو تنفيذ هذا الالتزام (١) . ويقول ، رداً على ما أخذه بلانيول  
على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً ،  
إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو  
السبب والمسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية  
أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته . فلا يصح أن يقال مع ذلك إن  
الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى « السبب  
الإشائي » ، فعند ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر  
وناشئاً عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه « السبب القصدى » أى  
الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه ، ويسهل مع هذا  
المعنى أن نفهم أن الغرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو  
التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ،  
ولا يكون في هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذى ينشأ من عقد عيى فسيبه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية  
التقليدية . وهذا صحيح في نظر كاييتان في عقود عينية ثلاثة هى القرض والعارية

---

(١) ويبنى كاييتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتداداً من كل من  
الالتزامين المتقابلين بمصير الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريات الصخ واللهع  
بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب  
هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

ويحدد كاييتان السبب في العقد الملزم للجانبين إذا كان اختيارياً بوجود الاحتمال ذاته في العقد  
(السبب فقرة ١٨ ص ٤٠) . وفي العقد الملزم للجانبين الذى يتوحد فيه جميع المتعاقدين غرضاً  
مشتركا . كالحفبات والتمركبات ، بالمرس المشترك الذى قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩) .

ورهن الحجازة . فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة ، فهي من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين . فالمقرض والمقرض مثلاً يتفقان على القرض ، ويتم العقد بالاتفاق . فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقرض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم ، إذا رجعنا إلى طبيعة العقد ، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام ، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المقرض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يخطأ في هذه العقود الثلاثة « السبب الإنشائي » و « السبب القصدى » كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يبنى من العقود العينية إلا الوديعة . وهنا يسلم كايثان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر ، وبرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء ، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب القصدى ، بل هو رغبة المودع عنده . وقد قبل أن يحتفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدى جميلاً للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين ، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر (١) .

أما في عقود التبرع ، فسبب الالتزام هونية التبرع ذاتها ( animus donandi ) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه النية بالرضا كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم ، وهذا هو الرضاء . والعنصر الثاني هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع . وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضاء بالالتزام ، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهونية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر ، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود

(١) كايثان في السبب بقرة ٢٥ — ويتعرض كايثان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد : فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إهداء حبل للموكب كما في الوديعة بغير أجر — والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائي — والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه ، فهو نارة يكون فكرة التبرع ، وضراً يكون فكرة التعبد ، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني (ويرى كايثان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تعديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدني السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) — والسكفالة سبب التزام السكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين ، وكذلك الإنابة في الوفاء ، وقد يكون هذا السبب تبرعاً ، وقد يكون ودية في ذمة السكفيل للمدين أو في ذمة النائب للمنب ، أو قرصاً بطله الأول لثالث (كايثان في السبب بقرة ٢٦ — بقرة ٣٢) .

له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضا المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على أن كاييتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب في الحالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، كما إذا وهب شخص مالا للجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ . فإن سبب الهبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذي اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هي إرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع ، بل إن الباعث الذي دفع الموصى إلى تبرعه هو الذي يجب اعتباره سبباً للوصية . وفي هاتين الحالتين يسلم كاييتان باختلاط الباعث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كاييتان أدخل تحويراً في النظرية التقليدية ، حيث يجعل الباعث يخلط بالسبب في الحالتين المتقدمتين . وحيث يحدد السبب في العقد الملزم للجائين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلا في فروض نادرة (١) ، ويجعل المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً ، فيكون السبب عنده شيئاً داخلياً في العقد لا منفصلاً عنه . وهو واحد لا يتغير في أي نوع من العقود .

## ٢٧٥ - أنصار السبب الزين هجر والنظرية التقليدية إلى النظرية

الحدسية : وإلى جانب كاييتان قام فقهاء يدعون عن فكرة السبب . ويتنادون بوجود الاحتفاظ بها . ويخالفون بذلك بلايول وغيره من خصوم السبب

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كاييتان يخلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يستند فيها كاييتان بالباعث أصلاً ، وذلك إذا أدخل المتعاقدان الباعث في دائرة التعاقب (champ contractuel) . وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . وهناك كاييتان في هذا عن النظرية الحديثة . فعنده لا يكفي للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما يقول النظرية الحديثة . بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كاييتان في السبب ص ٢٤٤) .

الذين يقولون بوجود حذف هذه الفكرة من القانون .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب . ومن أبرزهم جوسران وريبير ودينوج وبنكاز . لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية . بل يتوسعون فيه ويخففونه بالباعث . ويهجرون نظرية التقيدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي . والتي نتولى الآن بسطها .

## المطلب الثاني

### النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ - **وموجب التوسع في تحرير السبب :** لم يرض القضاء ، وهو الذي يواجه الحياة العملية . عن النظرية التقليدية في السبب . فهي نظرية ضيقة عتيقة لا غناء فيها . وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي . وتوسع في تحديد السبب ، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنديين . لأنها هي النظرية التي تنبع في العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة ، إذ أدرك ما فيها من خصوصية ومرونة . ولم يكن بد من أن تقرن الإرادة بالباعث الذي يحرّكه . وهذا هو التصرف المسبب وهو لأصل والقاعدة - أو أن تجرد عن هذا الباعث . وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فحين نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد ( acte abstrait ) .

### § ١ - استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ - **السبب الجوهرى في النظرية التقليدية :** رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي نقلها دوما

عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية . والعيب الجوهرى فى هذه النظرية ليس فى أنها غير صحيحة . فهى ، حتى لو كانت صحيحة ، عقيمة على كل حال . وهى لا تضيف شيئاً إلى الرروة القانونية ، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً . وتنتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صورته المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء .

## ٢٧٨ - كيف نستغنى عن السبب الموهود : تخرص النظرية التقليدية

على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وثأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند محاملة عن بينة واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له : كفرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً . ولا يكفي هنا استظهار الإكراه : فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب . إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم . فحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته . فالإتزام المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده : إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للقانون الجديد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه (١) . وفى الحالين يسقط التزام من أمضى

(١) ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين ، يلتزم به المقرض أن يسلم للمقرض مبلغ القرض ، ويلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ المقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين ، وسنرى أن فكرة الارتباط فى العقود الملزمة للجانبين تنفى عن فكرة السبب . فإذا لم ينعقد المقرض التزامه ، سقط التزام المقرض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين .

السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند بمعاملة لدائن صوري ، فإن قواعد الصورية هنا تكن وتغني عن نظرية السبب . فالسند صوري . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر . على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه .

فالالتزام في العقد الملزم للجائين سيئه ، كما تقول النظرية التقليدية ، بالالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها پلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويقسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفريق عيب فني واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطلق الارتباط يقضي بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضي بعد وجوده - أي يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العيني سيئه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يحم الالتزام لانعدام سيئه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العيني . وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يحم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية منعدمة ، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الحبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .



## ٢٧٩ - كيف نستغنى عن السبب الصحيح : ومن السهل أيضاً أن

نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنينا عن السبب الموجود . فاسبب غير الصحيح : كما رأينا : إما سبب موهوم أو سبب صوري .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معدوم . وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذي يحدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

## ٢٨٠ - كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع : ومن السهل أن

نستغنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجائين بفكرة الارتباط التي قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل . إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط الذي يتعهد بالنجاح في العثور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما في العقود العينية والتبرعات ، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب في العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون سبب غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع . وعند ذلك لا يتعقد العقد لعدم مشروعية

المحل لالعدم مشروعية السبب . والسبب في التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كاييتان ، ينجحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الروماني ذاته يعتد بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا .

## ٢٨١ - وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أية صورة من صورها :

ويتبين مما قدمناه ، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة . وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هي على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذي يقول به كاييتان . وهناك من الفقهاء من يستبقى النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب في الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويجعلها في العقد لا في الالتزام ، وبذلك تتمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد (١) . فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً بخولها حيل البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذي تلبسه . وما هي إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها ، على أن تكون هي الفكرة الخصبية المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي . وننتقل الآن إليها .

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وإسبان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ - فيفوريوني في المصدق المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ - أنظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٥ ص ١٠٨ رقم ١ - ديماث وكوليه دي سابتير ٥ فقرة ٤٦ .

## § ٢ - الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

### ٢٨٢ - السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : لم تستطع النظرية

التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يعيش في غمار العمل أن ينتفع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث . وخلط بينهما خلطاً تاماً . لا في التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أکسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده منتجة نافعة لا غنى عنها (١) .

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et déterminant) للملتزم في أن يلتزم . ومادامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها : فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي ، فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به . ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون دور السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة (٢) ، وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق (٣) .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب . وهي النظرية الحصبة المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية

(١) أنظر في المقالة ما بين جود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاز ملحق بودري ٢ فقرة ٥٥٠ وفترة ٦١٣ .

(٢) أنظر في تحليل القضاء إلى دابان في نظرية السبب فقرة ١٥٢ - فقرة ١٦٥ .

(٣) دمج ٢ فقرة ٧٤٦ من ٥٤٣ - ليفي أولمان في مذكراته في الالتزامات في الربيع الأول من القرن العشرين من ٣٢٠ و ٣٢٨ - من ٣٣٤ - بنكاز ملحق بودري جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ - جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية (١).

**٢٨٣ - مرونة الباعث وكيف ينضبط :** والباعث بالتحديد الذى أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لئلا نرى التقيض إلى جانب التقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى وهو داخل فى العقد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود ، أما الباعث فمعياره ذاتى وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يفهمهم من البواعث . وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للترعزع والقلقلة فى التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر . وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على المتعاقد - وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . وقد رأينا مثل هذا فى الغلط .

لما هو هذا الضابط ؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسل بين هذين الحدين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً فى الباعث الذى دفع

(١) وليست نظرية الباعث خصة بحسب فى نطاق القانون المدنى والقانون الخاص بوجه عام ، بل هى أيضاً خصة فى نطاق القانون العام . فنظرية التصرف فى استعمال السلطة فى القانون الإدارى - وهى التى ينبى على غرارها نظرية التصرف فى استعمال الحق فى القانون المدنى - إنما هى تطبيق لفكرة الباعث . فإذا كان الباعث للموظف الذى صدر منه القرار الإدارى غير مشروع ، كان القرار باطلاً للتصرف فى استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالتصرف فى استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالتصرف فى استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً لفكرة ذاتها ؟ فلا يكون السبب فى التشريع أن يكون مخالفاً للدستور بحسب ، كما يخالف القرار الإدارى القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع مضطرباً على نفسه إذا هو مثلاً من حقوقاً ممكنة لاينفى أن تمس ، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول فى الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر نسكتفى بالإشارة إليه ، وليس هناك مكان للبحث فيه .

الطرف الأول إلى التعاقد . دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتي بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله ، وفي هذه الحالة لا يعتد بالبائع الذي دفع المقرض إلى التعاقد (١) . وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة . وهذه هي مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه . فيفتقدان على القرض للاستمرار في المقامرة . وهذه هي مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالبائع ؟

رأينا كايبتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق . فلا يعتد بالبائع إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده في نظر كايبتان هو الذي يدخل البائع في دائرة التعاقد (dans le champ contractuel) (٢) . ولا شك في أن الفقيه الفرنسي الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب : ولكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على البائع فيما بين المتعاقدين . وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالبائع الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا البائع ، كما هي الحال في الغلط . وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها في هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيتطلب في الأولى مرتبة أعلى .

(١) ومع ذلك يعتد ببيع البائع حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يله المتعاقد الآخر ، إغراقاً منه في فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب ( القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٣٥ من ٦٥ ) .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٢٧٤ في الخامس — وانظر كايبتان في السبب من ٢٤٤ .

ولكن النشأه يختلفون في تحديد هذه المرتبة .

فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من التعاقد الآخر ، حتى يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع . أما في التبرعات فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده . فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف . سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كاذبة أو بزيادة واحدة كالوصية . وهو لذلك يعند بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه (١) .

ويذهب بواجيران (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئاً من عنده ، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع . أما في التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل . ومن ثم جاز الاقتصاد على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم . فهي كافية لاستقرار التعامل (٢) .

وإذا كان الذي يعنينا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

## ٢٨٤ - تطبيقات عقبية من القضاء الفرنسي : نستعرض للقضاء

الفرنسي بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذي دفع إلى التعاقد ، مرجئين اقتضاء المصري إلى حين الكلام في نظرية السبب في القانون المدني الجديد . ونتبع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثي المعروف للتصرفات إلى عقود

(١) أطر جوسران في البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ من ٢٠١ وفترة ١٦٠

ص ٢٠٣ .

(٢) أطر بواجيران (Bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي ص ٥٧٣ - ص ٥٨٠ .

ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات .

ففي العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع . وإن كان السبب ، بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية . مشروعاً في هذه العقود . فالبيع أو الإيجار . إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى . وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين . (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان . وفي هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة . باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشتري أو المستأجر أن يبره للعهارة . وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث (١) . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد في الفرضين ، جاعلاً السبب هو الباعث . جريباً على النظرية التى يأخذ بها (٢) . ويفعل القضاء الفرنسى ذلك أيضاً في الأماكن التى تدار للمقامرة : فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (٣) .

(١) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وقال ١ فقرة ١٥٧ .

(٢) أنظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ ص ١٥٧ — وانظر أيضاً كابتان في السبب فقرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التى قضت بطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارة المبنى المؤجرة للعهارة : محكمة ليون الاستئنافية في ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سبويه ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ حازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت بطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعهارة : محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ — ١ — ٤٨٤ . وأحكام قضت بطلان عقد بيع معروشات لمن يدار للعهارة : محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨ حازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت بطلان بيع مشروبات لصداها مرشح في الانتخابات تنفذها إلى صاحب حتى يحلوم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشتري : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللو ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ .

(٣) محكمة بوردو الاستئنافية في ٢٨ يولية سنة ١٩٠٦ سبويه ١٩٠٢ — ٢ — ٦١ (متجر) — محكمة بيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ حازيت دى تربينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ (محدد مكان)

وفي العقود العينية : يبطل القضاء الفرنسي قرصاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن . وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (١) . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للتمهارة (٢) . أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (٣) . وكالقرض رهن الحياة (٤) .

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير في ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة . أم يرى إلى غرض غير مشروع . فإذا تبين أن الباعث الذي دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولاً) التبرع لولد غير شرعي : يقضي القانون المدني الفرنسي بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي في مال أبويه . تبرعاً أو ميراثاً : محصوراً في حدود ضيقة . فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً .

أما إذا كانت البتوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً . فالتبرع جائز ولولزاد على الحد ، ما دام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعي . ولكن القضاء الفرنسي يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هي علاقة بتوة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب . ولا يكتفي بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز ، بل يبطله جميعه (٥) . (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء الفرنسي تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد

(١) نفس فرنسي في ٤ بولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ .

(٢) نفس فرنسي في أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيري ٩٦ - ١ - ٢٨٩ .

(٣) نفس فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ .

(٤) أنظر مذكرات الأستاذ ليني أومان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين

ص ٣٢٧ .

(٥) نفس فرنسي في ٩ ديسمبر سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٩٢ - وفي ٢٩

بولية سنة ١٨٨٧ سيري ٨٧ - ١ - ٣٥٨ .



كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لإعادتها (١) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الحليمة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو في الواقع يعتبر وفاء للالتزام طبعى (٢) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في محل الالتزام المخالف للآداب . (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين الحالتين فالإتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودى يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع . ويبطل التبرع (٣) . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع ، بطل الشرط ، وبقي التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي . إلا أن القضاء الفرنسي قيد من هذا الحكم بفضل نظريته في السبب . فقد ميز في الشرط الذي يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع : فالثاني وحده هو الذي يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع . أى الباعث على هذا التبرع ، فقد اعتبره القضاء سبباً للالتزام المتبرع ، ويرتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جميعه يكون باطلاً ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (٤) .

(١) قس فرنسى في ٨ يولية سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - وفي يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١١٣ .

(٢) قس فرنسى في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيرة ١٩١٨ - ١ - ١٧٠ .

(٣) قس فرنسى في ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧ .

(٤) قس فرنسى في ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيرة ٨٤ - ١ - ٣٠٥ - رى ٨ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٠ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ - ١ - ٤٩ - وفي ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩ .

### ٣٨ - التصرف المجرد

(L'acte abstrait)

#### ٢٨٥ - التصرف المسبب والتصرف المجرد - لماذا أن السبب ركن

من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعناه في النظرية الحديثة . وقد كان القانون الروماني لا يعتمد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشككية . ثم انتصر مذهب الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين . فأصبحت الإرادة وحدها - مجردة من الشكل - ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا قيد ، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كتأخذ في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالتوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحوز الإرادة من عيوبها وأن تقرن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسر أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي الذي حرك هذه الإرادة . ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالذي في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب في الإرادة أو لعيب في السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائته ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني . ومنذ انتكصت

الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية ، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد : تطورا تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلي ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد - على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة - لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة . بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة في ذلك : فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية (١) . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد في كل من القوانين الجرمانية

(١) يفسر الدكتور أبو عافية - في رسالته « التصرف المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ - التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذي يصح بنظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ( فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها ) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائي خارج على القواعد العامة ، ولا فرق في ذلك بين القانون الألماني والقانونين المصري والفرنسي » ( فقرة ٨٥ ) . ويرفض أن يكون الميار في التصرف المجرد هو تجرده عن السبب ، ويذهب إلى أن الميار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة لبتعض إرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد في الوقت ذاته عن السبب ، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلاً عن الإرادة الباطنة كما هي الحال في القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هي الحال في القانون الألماني . فالتصرف المجرد يتميز في جميع الأحوال بتجرده عن السبب . على أن المذهب الذي يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب بل بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصري في هذه القوانين الأخيرة .

## ٢٨٦ - التصرف المجرد في القوانين الجرمانية : لا نجد في التقنيات

الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنيات اللاتينية . فالتقنين المساوي لا يشير إلى السبب إلا في المادة ٩٠١ ليقدر أن الباعث لا أثر له في صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألماني لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسري لا يعرض لها إلا في صورة عرضية عندما ينص في المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنيات تأثرت بالقانون الروماني . وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تبتين لها نتائج عملية إلا في نطاق محدود ، وبخاصة في نطاق دعاوى الإثراء . ولكن بالرغم من أن هذه التقنيات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschäfte) وهي أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً . والنوع الثاني هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschäfte) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعبوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيانها . فالسبب لا يزال إذن موجوداً في القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعي المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث . وبشرط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الذي دفع إلى التعاقد (١) .

(١) أنظر كايتمان في السبب فقرة ٨٣ - فقرة ٨٤ وبنوع خاص ص ١٨١ - ص ١٨٢ . ويستعرض الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها ( فقرة ٤١ وما بعدها ) نظرية السبب في القانون الألماني من مآبني التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان « الإضافة إلى الثروة » ( Vermogenszuwendung ) ، وهي عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخصي بمقتضى عمل إرادي مشروع ( تصرف قانوني أو عمل مادي ) يصدر من المفقّر . وسبب « الإضافة إلى الثروة » هو عبارة عن الغرض المباشر الذي يرى إلى تحقيقه المضيف للثروة . ويحدد هذا السبب وفقاً لثقافة الألمان على أساس تفرقة ثلاث للسبب موروثة عن دعاوى الإثراء في القانون الروماني ، يكون السبب بمثابة إما الوفاء ( causa solvendi ) أو =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة ، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا . ومى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية - والحق العيني يوجد عام - دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية في هذه التقنيات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري ( Livre Foncier ) . وعقد انتقال الملكية : في القانون الألماني بنوع خاص ، عقد مجرد . تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا انضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب . فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات . فما على الشخص حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري : فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان في ذلك تضحية للمالك الحقيقي - أما التقنين السويسري فلا يحمي الغير الذي اعتمد على السجل العقاري إلا إذا كان حسن النية (م ٩٧٣ من

الأداة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi). والإدانة هي التصرف بقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداداً أعطاه المضيف أو استرداداً قيمته كما في القرض وفي الوكالة . وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما في العقود المبرمة لاجانبين ولبيع يحصل على دين بالمقابل التزاه بنقل ملكية المبيع . ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها . ويلاحظ الفقيه الألماني فون تور أنه « لا يجب الخلط بين السبب القانوني والأغراض البعيدة التي يرى إليها المضيف ، أي البواعث (Beweggründe) التي تدفعه إلى تنفيذ التزاه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة . فوزاء كل سبب قانوني بواعث تختلف باختلاف لأحوال . ولعبة مثلاً قد تم بناء على عطف أو سبب الرأي العام ، ولكن هذه البواعث لا تدخل في حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة وتناجها القانونية إلا إذا كانت قد اشتركت في التصرف القانوني » . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني . ويكتفي هنا أن نشير إلى التفارب الواضح بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة في الفقه الألماني .

أنظر أيضاً في نظرية مدية للسبب في الفقه الإيطالي ، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف طبيعياً قانونية بهذه الوظيفة هي السبب ، إلى رسالة المذكور أنه نافية لنسار إليها فقرة ٣٦ .

التقنين المدنى السويسرى) . ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأيداً لذلك نسوق مثلاً آخر نأق به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتبت فم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك فى عتار وهو حسن النية . ويسجل عنده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق : يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار . والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (و) حالات معينة بذاتها . منصوصاً عليها . وهى - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل . فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام النائب بسناب لدية بالوفاء بالتزام مجرد عن السبب . فلا يستطيع النائب أن يحتج على النائب لدية بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المنيب (أنظر فى التقنين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق : وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين : وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى . وم ٧٨٤ للإنابة فى الوفاء - وأنظر فى تقنين الالتزامات السويسرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين . وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى . وم ٤٦٨ للإنابة فى الوفاء) . (ثانياً) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) : وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد . فنضع التقنينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد . وتجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه

بالدين مجرداً . فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب ، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام (١) . واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألماني لصحة الالتزام المجرد أن يكون في ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة . ولا يشترط تقنين الالتزامات السويسرية الكتابة إطلاقاً (م ١٧) (٢).

## ٢٨٧ - التصرف المجرد في القوانين المطبقة في القانون المصري :

أما القوانين اللاتينية ، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا ، فلا تسلم بالتصرف المجرد . أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . وإذا كان هناك نص في كل من القانونين المصري والفرنسي يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من القانون المصري الجديد وم ١١٣٢ من القانون الفرنسي) ، ففسرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب ، يلقي على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب ، والالتزام المجرد عن السبب . فالالتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ، يكون العقد فيه باطلاً . أما في الالتزام الثانى : وهو الالتزام المجرد ، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

- (١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألماني في إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان ، تحت تأثير إهراج الفقه الألماني المروف ، أقر هذا الضرب من الالتزام .
- (٢) أنظر في موضوع التصرف المجرد في القوانين الجرمانية كايتمان في السبب فقرة ٨٥ - فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ - فقرة ١٧٤ - سالى في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦٦ - مذكرات الأستاذ ليفى أولان ص ٣٦١ - ص ٣٦٤ - فيفرونو فقرة ١٢٨ - ديموج ١ فقرة ٩١ و ٢ فقرة ٨٤٧ . ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها ، فاحتمنا تأخذ بالإرادة الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالغاية التي تسمى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذي حركها (نظرية المقد للمؤلف فقرة ٥٦٠) .

فالالتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها بذاتها ، وهي قليلة العدد . وقد نص القانون التجاري - حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها ، هي السكيات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما القانون المدني فقد نص على حالتين : التزام النائب في الوفاء نحو النائب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن .

ونقتصر هنا على ما ورد في هذا الصدد في القانون المدني المصري الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام النائب قبل النائب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل النائب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للنائب إلا حق الرجوع على النائب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » (١) . أما في الكفالة فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه

(١) أنظر في هذا المسمى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - وقررن حكماً لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ قضت في هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهي التي لا تنطوي على تجديد الدين) ، أما القانون الجديد فنصه هو كما رأينا عام مضائق لا يعز بن الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة . أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٦٢ .

ويذهب الدكتور أبو عافية ( التصرف المجرد فقرة ٦١ ) إلى أن النائب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك بالدفع التي تكون للدين قبل النائب لديه ، فلو دفع النائب الدين للنائب لديه فإن هذا لا يمنع النائب لديه أن يطالب النائب بالدين الذي ائتم به ، ويرجع النائب في هذه الحالة بدعوى الإثراء على النائب لديه . ونرى ، مع محكمة الاستئناف المختلطة ( أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨ ) التي انتقد الدكتور أبو عافية حكمها ، أن النائب إذا دفع الدين للنائب لديه كان هذا رجوعاً في الإنابة يستطیع النائب أن يتمسك به ، فإذا طالب النائب لديه بعد ذلك النائب بالدين ، جاز لهذا أن يدفع المضاربة باقتضاء الدين ، وليس في نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول النائب لديه حقه قبل النائب إلى أجنبي ، بقي التزام النائب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبي - ذلك أن التصرف المجرد لزادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن السب ، وفقاً لما يقضي به القانون نسلعة يتوخاها . والقانون هو الذي يسك التزام التجريد ، فلا يبيعه إلا ضرورة ، وبقدر هذه الضرورة . ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذي تقتضيه الضرورة . وفي المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى النائب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه ، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبي لأن الضرورة تستوجب بقاءه .



التي يحتاج بها المدين (٧٨٢ مصرى جديد) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يتقل عقار الكفيل . ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً . ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخايص عقار الكفيل من الرهن (١) .

ويتبين مما قلناه أن القانون المصرى قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية . وبقي في حظيرتها كما أسلفنا الإشارة . فاسترحق في التصرفات أن تكون مسببة ، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بدواتها . (٢)

(١) أظن في هذا لدى محكمة الاستئناف المختصة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٤٧٠ — دكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ — فقرة ٦٠ .  
(٢) وبلاحظ أن التعرّات التي تأخذ بالإرادة الظاهرة يطلب ألا يصح بحالاً واسماً لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية ، وهو التصرف المجرد . رأينا ذلك في القوانين الجرمانية ، ويقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزي . فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة ظاهرة إلى مدى بعيد . ويظهر أن هذا هو الذى منع من تقدم نصرة السبب فيها مع أنها شريعة مشعة بالروح الدينية والحققة كالقانون الكنسى الذى هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نتخلص من نصوص الفقه الإسلامى نصرة السبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامى التمييز ما بين الغرض المباشر الذى قصد المتأقذان الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . فالباعث لا أثر له في صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصح جزءاً من الاتفاق ( أظن ببحثاً في هذه المسألة في نظرية العقد للؤلؤ فقرة ٥٦٢ ) .

والقانون الإنجليزي كالشريعة الإسلامية نظرية السبب به نظرية مادية . والمقود عنده إما شكلية وهذه يمكن في صحتها الشكل وحده ، وإما رصائية وهذه لا بد فيها من وجود اعتبار ( consideration ) وهو ما يقابل السبب بأسمى المفهوم من النظرية التقليدية ، أى السبب المادى الداخلى الذى لا يتغير . ويختلف « الاعتبار » عن « السبب » في أمرين : (١) الفكرة في الاعتبار لسد من الغنى الذى حصل عليه المتلزم من وراء التزامه كما هو الأمر في السبب ، بل هو الغنى الذى عمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) ية التبرع لا تصاحبه اعتباراً ، في القانون الإنجليزي وتصلح « سبباً » في النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود البيع في القانون الإجماعى شكلية لمعناها من « الاعتبار » ( نظرية المدعى للزلف فقرة ٥٦١ ) .

## المطلب الثالث

### نظرية السبب في القانون المصرى الجديد

#### ٢٨٨ - مسائل تمهيدية: تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة في السبب

مباشراً عن القانون القديم والقضاء المصرى ، فقد كان انقعه والقضاء في مصر ، قبل صدور القانون الجديد ، قد عبد الطريق لنيل النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبية . ولكن القانون الجديد خطأ خطوة أخرى إلى الأمام . إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحصيل الإرادة من عيوبها . ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط . واقتصر في شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض في نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب . (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد . (٣) إثبات السبب .

#### ١٨ - اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب

#### ٢٨٩ - النصوص القانونية: نص القانون الجديد في المادة ١٣٦

على ما يأتي :

«إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى على

الوجه الآتى : ١٨٩ م : يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون سبب أو لب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة على الوجه الآتى : «إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» . وأصبح رقم المادة ١٤٠ في المشروع الهائى — ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فلتت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (بمجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٢٦ — م ٢٢٨) .

وكان القانون القديم ينص في المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه « يشترط لصحة التمهيدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص القانون القديم يشترط في السبب الصحة والمشروعية . أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا المشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة الغلط كما قدمنا .

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لا شك في أنه يعتق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان هذا هو شأن القانون القديم ، وهو لا يزيد في صراحة التعبير عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء في مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية . ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسي . وقد ذكر ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : « لم ينهج المشروع نهج التقنيات الجرمائية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على التقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانتصر معها هذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاة الفرنسي والمصري بمعنى الباعث المستحث يدخل في نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية ، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها في بعض الأحيان » (١) . وجاء في موضع آخر من المذكرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثهما القانون الجديد فقالت : « ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتسنت ماله في التقنيات اللاتينية ، إلا أنه عرض له تعديلين متفاوت الأهمية . فبراعى أولاً أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تنازعه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون . وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسى وأكثر التقنيات اللاتينية معتداً في ذلك بعين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية الحل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون لإرطافها في السمة أو تجردها من الفائدة . فهى تتجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة « نص القانون » إلى الأحكام التشريعية كافة . وهى تصح عديمة الغناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشئ الأفراد . وبراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق لنواظم . وهذا هو أهم التعديلين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥) .

الإيضاحية ما يأتي : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصري والفرنسي في العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات » (١) .

فالسبب إذن ، في نظر القانون الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد (cause finale) . وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . وكل ما أوردها عن النظرية الحديثة في السبب ينطبق في القانون الجديد . ولا بد في القانون الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً . ويقوم لاعلى الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك (٢) .

وهذه النظرية الحديثة التي أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء في مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

## ٢٩٠ - الفقه في مصر : أخذ بعض الفقهاء في مصر بالنظرية التقليدية

في السبب ، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردها فيما تقدم (٣) . ولكن كثرة الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهي نظرية القضاء الفرنسي ، فأثروها على النظرية التقليدية (٤) .

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) وقد يقال أيضاً — كما قيل في صدد الغلط والتدليس والإكراه — إن العقد يقوم لاعلى التراضي ، بل على سبيل التوفيق .

(٣) أنظر الدكتور عبد السلام ذهبي بك في النظرية العامة في الالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها — الدكتور محمد صالح بك في أصول التمهيدات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٤) أنظر والتون ١ ص ٦١ — ص ٦٣ — الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٣١٨ — لفظة العقد المؤلف فقرة ٥٤٤ — فقرة ٥٤٨ .

وأكملها بالنظرية الحديثة على عرار التقنين اللبناني (١) ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكليفها بالنظرية الحديثة . وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور . هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان كل الاختلاف في الزعة وفي الأصل التاريخي . وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصعلة الرومانية ، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية وبعدها بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . فقيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى في هذا الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء !

## ٢٩١ - القضاء في مصر : والقضاء في مصر كان أكثر تمثيلاً من

الفقه مع النظرية الحديثة : فأخذ بها في كثير من أحكامه ، وقد اقتنى في ذلك أثر القضاء في فرنسا .

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً عند رجل يأتعنه ، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور في

(١) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إلى نظرية السبب المزدوجة التي أخذ بها التقنين اللبناني ولم يأخذ بها القانون الجديد ، فقالت في هذا الصدد ما يأتي : « وقررت التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد (م ١٩٤) . فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يمثل في صورة واحدة في كل ضرب من ضروب الالتزام ، ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه . فهو في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل ، وفي العقود العينية تلم العقود عليه ، وفي التبرعات نية التبرع ، وفي المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدني أو ملبعي كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (م ١٩٥) . أما سبب العقد فهو الباعث الشخصي الذي يدعو التعاقد إلى إبرامه ، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد ، فهو يختلف باختلاف الأحوال في العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب في الفقه التقليدي وبين دلالة الحديثة كما استخلصها القضاء . ولما كان التصور التقليدي ضيق الحدود فقد روى الإعراض عنه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ ) - أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

ومن يقول بازدواج السبب الدكتور حشمت أبو سنيت بك فقرة ٢٤٢ ، وهو صريح في هذا المعنى . أنظر أيضاً الدكتور بهجت بدوي بك ص ١٧٣ - ص ١٧٤ .

مقابل أن يكتب له عقداً يبيع سبعة أفدنة - بأن هذا النيج باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له في طلب ملكية العين ولا في الثمن (١) . ويلاحظ في هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشتري فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة في صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب - وقضت هذه المحكمة أبفاً . أنه إذا كان الباعث لثبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً . أما إذا كان الباعث هو تعويض الخلية عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاملة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والثبرع يكون صحيحاً (٢) - وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث في هذه الحالة أمراً ملاحظاً في العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد (٣) .

على أن النظرية التقليدية في السبب لم تعد لها مكاناً في القضاء الوطني ، وقد تردد صداها في بعض الأحكام . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها البائع كباعث على صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما (٤) . وقضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقرض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد (٥) . ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به ، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذي عتته في حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الصرائح ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ .

(٢) ١٣ بونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - المحفوظ ٢٤ ص ٢٣٠ .

(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢ .

(٤) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٥) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

الحديثة في السبب وإذا كانت محكمة الاستئناف المختصة نقضت في حكم قديم لها (١) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المستأجر أو المقرض قصد إدارة العين للعھارة أو استعمال المبيع المقرض في إدارة العين للعھارة . وحتى لو كان المؤجر أو المقرض عالماً بذلك ، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية . وأخذت في أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة . فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم (٢) . وقضت بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفقة ، مع نفاذه محمياً حتى بالذكر ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقي . فيتمكن المشتري بذلك من احتيـص رسوم التسجيل بطريق الغش . يكون اتفاقاً باطلاً لعدم مشروعية السبب . ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشئع . كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري (٣) . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد (٤) . لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ من ١٨ .

(٢) ٢٧ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٣٦ .

(٣) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٧٠ — ومحكمة النقض قضاء في مسألة كهذه في حكمها صدر أجراً (هـ) بشرط بعد) ذهبت فيه إلى أن الشئع يعتبر من غير النسيئة إلى الثمن الصوري . فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقي ما دامت له مصلحة في ذلك . وعندما أن الشئع لا يعتبر من غير في عقد البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري الخفص ، لأن العرف في الصورية هو شخص ثبت له حق على العين على التصرف الصوري دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصوري ذاته . وانفتح شخص ثبت له حق على العين للمتوفرة بناءً على البيع الصوري فلا يكون مغرراً . وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقي ، قل هذا الثمن عما هو مذكور في العقد أو زاد . وسعرض لهذه المسألة تفصيل أولى عند الكلام في الصورية . أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذي أوردناه هنا ، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب . ولكن تأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقي باطلاً لعدم مشروعية السبب ، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصوري غير موقوف لصوريته ، فسقط الاتفاق في الحالين . ولا يستطيع الشئع أن يتمسك بالثمن الصوري ولا بالثمن الحقيقي . بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة باطلاً لأن البيع الذي يريد سببه الأخذ بالشفعة غير موقوف لعدم الثمن .

(٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٩٤

صحيحاً (١) . وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب (٢) ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (٣) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليته كان العقد باطلاً ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخلية من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح (٤) . ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلاً ، بل يعتبره وفاء للالتزام طبعي ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث (٥) . وإذا كان القضاء المصري - لا سيما القضاء الوطني - قد أخذ في الماضي بالنظرية التقليدية في بعض أحكامه ، فلم يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التي اعتنقها القانون الجديد . على ما نوضح به الأعمال التحضيرية فيما قدمناه .

## ٢٤ - الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد

### ٢٩٢ - إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة الغلط :

قدمنا عند الكلام في نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط في الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية في كل من الغلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية في الغلط كانت تميز بين الغلط في السبب وهو يجعل العقد باطلاً ، وبين الغلط في الباعث وهو لا يؤثر في صحة العقد ، والنظرية التقليدية في السبب كانت تميز بين السبب أي الغرض المباشر من الالتزام وهو الذي يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً وأن الغلط في الباعث لا يؤثر في صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدي أنصق بالعقد من الباعث

(١) ٢٤ يولية سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ من ٢٤٩ .

(٢) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٠٣ .

(٣) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٠ .

(٤) ٨ يولية سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ من ١٧٦ .

(٥) محكمة الاستئناف لحدوة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٠ .



فانحط فيه أمر حطيه من شأنه أن يعدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالعنف فيه .

ثم تطورت نظرية الغلط . فاستبدلنا بالنظرية التقليدية الضيقة الحديثة . وأصبح الغلط في الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلاً للإبطال . وإذا حل واحدها هذه النظرية الحديثة في الغلط بالنظرية التقليدية في السبب . بقي السبق قائماً بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي وهو الغرض المأمور من الالتزام وبين الغلط في الباعث ود . أمر خارجي عن العقد . وأمكن تمييز الفرق في الحكم : فالغلط في السبب الالصيق بالعقد يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث الخارج عن العقد فلا عمل العقد إلا قابلاً للإبطال .

ولكن لما تطورت نظرية السبب إلى الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح السبب هو عين الباعث . لم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط في الباعث . فكلاهما غلط في الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب . حتى تسخت كل دائرة في الأخرى . فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما . وإلا وقعنا في الغموض الذي أشرنا إليه عند الكلام في نظرية الغلط . ووقع خلط عجيب ما بين نظريتي السبب والغلط . إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما . فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط ( cause erronée ) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث ( erreur sur le motif ) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظري بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يثيروا في ذلك برأى حاسم (٢) .

(١) أنظر آفا فقرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ما ورد في بلانيول وريبير وبولانيه ( الطبعة الثالثة ١٩٤٩ ) ٢٠٥٥ من مداه و٣٠٤ و٢٢٥ ( وقد سبقت الإشارة إليها آخراً في حاشية الفقرة ١٧٣ من مداه الكتاب ) . من أن الغلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب . والخبراء في المالين هو الطلاق الذي لا الطلاق المطلق . وذلك لأن شرط الصحة في البعيراد ، مائة مصلحة فردية ، =

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط . واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط في الباعث شيء واحد : كلاهما غلط في الباعث كما قدمنا . وكلاهما يجعل العقد قابلاً للإبطال . وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذي بيناه . استخلصها القانون الجديد للغلط . واختفى من نصوص السبب في القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب الضيق للصيق بالعقد الذي تقول به النظرية التقليدية في السبب . بل صار هو عين الغلط في الباعث الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط . ووجب أن يعطى الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث ، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه . فيتزحزح الغلط في السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط . ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح في نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً في الباعث . ومحل الكلام عنه إنما يكون في نظرية الغلط . أما الغلط في السبب بمعناه التقليدي فقد قدمنا أنه غاط يتنم من تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام الخلل . فالكلام

---

== فجزاء الإخلال به البطلان النسبي ، أما شرط المشرعية فتزاد به حماية مصلحة عامة ، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانويول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمي بهجت بدوى بك ( أصول الالتزامات من ١٧٩ و ١٨٦ و ٢٣٢ ) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه قصور القوس المباشر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقد عن إجابة الحافز الرئيسي الذي حفزه للتعاقد ، ويقول إن هذه الصيغة هي بينهما صيغة السبب غير الصحيح ، وهي على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط في الشخص وغلط في الشيء وغلط في غير ذلك ، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشيء وإنما بالعرض الذاتي أي بالحافز الرئيسي . فإذا ما خلاص له أن حالتي الغلط والتدليس هما بينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال البطلان النسبي لا البطلان المطلق . فهو يلحق الغلط بالنسب في ماهيته ، ثم يلحق السبب بالغلط في جزائه . وقد سبق الإشارة إلى ذلك ( أنظر آتياً حاشية الفقرة ١٧٣ ) .

فيه هو أيضاً لا يكون في نظرية السبب (١) .

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب . وكيف استخدم الفقهاء الكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب . وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادية الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول . فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هي تحرير الإرادة من عيب الغلط . فمن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد . كمن تعاقد لسبب غير مشروع . يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب . وظاهر أن فكرة الغلط دخيلة على نظرية السبب . فالأولى نحى مصلحة خاصة للأفراد . أما الأخرى فتحمى مصلحة عامة للجماعة . والأولى رجاء نظرية السبب سيرتها الأولى . فتتمحض لحماية المصلحة العامة . وينقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط ، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع . وهذا ما فعله القانون الجديد .

## ٢٩٣ - لا يبرم السبب في القانون الجديد إلا شرط واحد هو

أنه يكون مشروعاً : ومن ثم لا نجد في القانون الجديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرأها في القانون القديم ، فقد اختفت وأخلت باختفائها الميدان للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلات . فالمر أن الفظ وهذا الشأن لا يمدو أن يكون غلطاً في الباعث . وقد كان يخلق التباساً إلى ما في الإبقاء على التفرقة بين الفظ والسبب غير الصحيح من حيث بأهداف الضحايا والفوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فكرة الفظ من السعة ما جعلها تخاور نطاقها المادى الضيق ، ونصح فكرة تقييد تناول الباعث المتجذ ، وتنسب بذلك إلى صورتها السوية في « الفظ أخوهري » . ولهذا رؤى إخراج « السبب غير الصحيح » أو الفظ في السبب من بين أساس البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبي ، شأنه في ذلك شأن سائر صروب الفظ . ولم يتبقى للمشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الضوري ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية ، وجعل السبب الخفي مرجع الحكم بما يربط المدة من آثار . فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد . وإن كان غير مشروع بطل العقد .

نعم - مشروعية - لا لمشروعية » (مجموعة الأعمال التجميعية ٢ - ٢٢٥ - ص ٢٢٦)



النحو بمهمته خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر . فيعين القضاء على شق طريقه ، ويصوغ له نظرية جديدة في السبب تمتشى مع مقتضيات العمل . وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك ، فخطأ بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة في تاريخ تطوره الحديث . فانتع أفق السبب بعد هذا الضيق الذي كان ملحوظاً في النظرية التقليدية ، وخلص من الشواثب التي كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هي نظرية الغلط .

### ٢٩٤ - ماؤهاده على القانون الجديد : على أن هناك مأخذين على

القانون الجديد . تجمعا في العبارة التي صدرت بها المادة ١٣٦ . فقد جاء في صدر هذه المادة : « إذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب إلى الالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز (١) .

والعبارة التي تنتقدها أتيت بالنظرية التقليدية ، ففي هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة في أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة (٢) .

### § ٣ - إثبات السبب

### ٢٩٥ - النص على القانون الجديد : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد

على ما يأتي :

١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

(١) وكان من المير أن نصاع المادة ١٣٦ على الوجه الآتي : « إذا أتم التعاقد لسبب مشروع ، كان العقد باطلاً » .

(٢) تارن الدكتور أبو غزالة في النصرف المحرد فقرة ٥٤ من ١٩٩ هامس رقم ٥ .

٢- - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن الالتزام سبباً آخر مشروغاً أن يثبت ما يدعيه « (١) » .  
وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم . ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصري يطبقها من قبل . ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قننها لما ذا من أهمية عملية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :  
« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فتتمه قاعدتان أساسيتان : (أولاهما) افترض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يضمن في العقد . (والثانية) افترض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يتم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية » (٢) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور

- (١) راجع النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٢ من مشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
- ١ - « يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروغاً . ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ - فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروغاً أن يثبت ما يدعيه » . وقد اقترح في لجنة المراجعة إدماع الفقرة الثانية والثالثة في فقرة واحدة وحذف عبارة « أو على عدم مشروعيته » من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظى على الفقرة الأولى . موافقت اللجنة على هذه الاقتراحات . وأصبح نص المادة النهائية (م ١٢١) مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى تجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من لفظة الثانية وهى : « فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروغاً أن يثبت ما يدعيه » ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقراره كما هو . وأصبح رقم المادة ١٣٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ ) .
- (٢) عم ٢٤ الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

فى العقد . (والثانى) أن يكون هناك سبب ذكر فى العقد (١) . ونستعرض كلا من الفرضين .

**٢٩٦ - السبب غير مذكور فى العقد :** وهذا هو الفرض الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانونى يقضى بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذى يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه . ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة للإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما فى ذلك البيينة والقرائن (٢) . وقد كان الفقه (٣) والقضاء (٤) فى مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص ، فجاء القانون الجديد مؤيداً لها كما قدمنا .

(١) سواء ذكر فى السند المكتوب الذى يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغى عن البيان أن السبب الذى يذكر فى العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر فى العقد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مساهمة للسبب بمعناه فى النظرية التقليدية ، لا سيما عندما تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شىء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث فى العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته .

(٢) قض مدنى فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥٢ م ٢٨٤ - وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ م ٥١٧ - استئناف وطلى فى ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ م ١٦١ - محكمة استئناف مصر فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٤٩ م ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلاً كما رأينا ، أما الثانى فلا يطل ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك فى التصرف المجرد .

(٣) دى هلتس ٣ م ١١٧ فقرة ١٤ - هالتون ١ م ٢٤١ - والتون ١ م ١٠٢ - عبد السلام ذهني بك فقرة ١٧٣ - نظرية العقد المؤلف لفرقة ٥٤٩ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٠٦ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٤ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩٠ - وفى ٢ فبراير ١٩١١ م ٢٣ م ١٥١ - وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٤٢ م ٣٢٤ - وفى ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م -

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . ويستوى في ذلك ألا يكون السبب المذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتى .

**٢٩٧ - السبب المذكور في العقد :** وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدين أن يلزمه من أجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي ، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية . وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن (١) . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات . وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات إذا كان = ٤٣ س - ٣٩٠ - وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ س ١١٦ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ س ١٨٣ .

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض ، وعلى المدين إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت المدين صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن ( نفس مدق في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ س ١٣٨ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ س ٤٦٩ ) . وانظر في أحكام القضاء المصري في هذه المسألة نظرية الدفد للدولف س ٥٧٩ هامش رقم ٢ .

وفدقت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقي ، كان إفراؤه هذا غير قابل للتجديف ، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح ( ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ س ١٥٠ - وفي هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ س ٢٠٩ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من التمسك به . فإذا كانت سندات الدين المذكورة فيها أن قيمتها دفعت هذا ، ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إل هيبتها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات =



السبب الصوري مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة .  
وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك  
بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً ،  
ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش . والغش يجوز  
إثباته بجميع الطرق (١) .

## الفرع الرابع

### الجزء : نظرية البطلان (\*)

٢٩٨ - نظرية البطلان في القانون القديم وفي القانون الجديد :  
بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملاً مستوفية  
= ونعدها أنها كانت تستجدي المدين وتشكر له إحسانه وتمتعها لها ، بهذه الرسائل يجوز اعتبارها  
دليلاً كتابياً كافياً في نفي وجود فرض حقيقي ( ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم  
٦٧ ص ١٣٨ - ويلاحظ أن السبب هنا مقبوع بالمعنى المعروف في النظرية التقليدية ، وبمعنى  
عنه ركن التراضي على عقد القرض ، فيكون عقد القرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصوري ،  
ولا محل للسكلام في صورية السبب ، إلا إذا أخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً ) .  
(١) استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ -  
وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - وفي ٢٣ يناير  
سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ - استئناف مختلط في ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م  
٢٩ ص ٤٨٩ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م  
٣٥ ص ٤٨٣ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - هذا وإذا تبين أن  
سبب السند هو الربا الفاحش فلم يدين إثبات ذلك بجميع الطرق ، لأن السبب غير مشروع  
(استئناف مصر الوطنية في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ -  
استئناف مختلط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م  
١٠ ص ٤٨ ) . يحى أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكون ذخيرة في إثباته . إذاً  
لا يجوز قبول الإثبات بالبيئة على ما يخالف المكتوب . المتبدل الورع الثابت في الدعوى على أن  
هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش ( استئناف وطني في ٢ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة  
الرسمية ١٤ رقم ٨٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ -  
استئناف مختلط في ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ - وفي ٤ مارس  
سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ ) . فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية - فعلى  
الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقرض ، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحاكم قبل اعتراف المدين  
( استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم  
الذي سبق الإشارة إليه ) .

(٢) من المراجع : مزارع ٦٤٦ وما بعده - سكار ( ملحق بودري ) ص ١ =

لشروطها . على النحو الذى يبينه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم فى بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام فى أركانه .

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان . بل كنا نجد القواعد العامة فى البطلان تحتويها نصوص متناثرة فى أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن القانون المدنى الفرنسى . أما القانون الجديد فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً . جمع فيه النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد ( م ١٣٨ - ١٤٤ ) . ونحن نبسط نظرية البطلان فى هدى هذه النصوص (١) .

= وما بعدها — بلانيول وبرييه وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها — إيرنغ : أعماله المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيمار فى بطلان الشركات والشركات الواقعية — دروجول ( Drogoul ) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوابيه ( Loyer ) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جايو ( Japiot ) رسالة من ديخون سنة ١٩٠٩ — بيد ليفير ( Piedelièvre ) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيار ( Guyard ) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافالبوتى ( Cavalotti ) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — هنسار ( Hilsenard ) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — لوتزسكو ( Lutzesco ) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — برتران ( Bertrand ) رسالة من نيل سنة ١٩٣٩ — السندور ( Al-sindor ) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — دى سوتو ( Du Sotto ) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ — نظرية المذلل لفرقة ٥٦٥ وما بعدها — الدكتور سلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٤٥ . وما بعدها وفلانته فى آثار التصرفات الماطلة فى مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٧٩ وما بعدها . و ص ٣١٧ وما بعدها — الدكتور حشمت أبوستيت بك فقرة ٢٤٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيى فى النظرية العامة للبطلان ما يأتى :  
« اتفق المشروع ما تستهدف له التثبيت اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات فى صيد واحد . وقد نهج فى هذا الشأن نهج التقنين البرازيلى . وجعل البطلان نظرية جامعة ، فهيا يترك مكاناً مناسباً لضافته من الأحكام تناثرت وانقرط عقداء مع ما بينهما من سبب جامع . كالتصوص الخاصة بالترام ناقص الأهلية برده ما تله بعد إبطال العقد . وقد استمسك المشروع بتأيد المذهب اللاتينى فيما نتحدث فى هذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يقدم أثره فى هذه الناحية . وقد اختير لمشروع أحكاماً هامة من التقنين الألمانى والسويسرى . من ذلك ... نظرية انقضاء العقود ونظرية تحويل العقود أو إبطالها . ونسبب الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شئ من العقد . وتنطق الثانية إذا توافرت لشعور الباطل أو القابل لبطلان شروط انعقاد عقد آخر ( أنظر المادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين الألمانى ) . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تقديم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات . ومنهما فى ذلك من الالتزامات السويسرى ( أنظر المادة ٢٢٩ وهى =

## ٢٩٩ - ضرورة تمييز البطالون عما يقاربه من النظم : ويحسن منذ

البداية أن نميز البطالان (nullité) عما يقاربه من النظم . نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité) ، وبينه وبين الفسخ (résolution) .  
فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى في حق الغير . فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين . غير نافذ في حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتاج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائئه صحيح فيما بين المتعاقدين . ولكن لا يسرى في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصة . والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير . فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، ثم هو لا يسرى في حق المالك الحقيقي . وقد يميز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سئرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن « الغير » ليس له مدلول واحد ، فيختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد . أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقدين الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين .

== تعمل المدونة واحدة ، هذا فضلاً عن التقادم الضوئيل المقرر بتنقيض القواعد العامة . ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير في هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الضوئيل ، ولذلك يكون لهذا التقادم الضوئيل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث (تجربة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤) .

### ٣٠٠ - أنواع البطلان : لما كان البطلان يعده العقد . فإن المنطق

يقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لاتقبل التدرج . إذ العدم لا تفاوت فيه .  
ولكن نظرية البطلان ، مع هذه البساطة المنطقية ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ،  
ولاعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية . ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسّموا  
البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية  
بتقسيم ثلاثي للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين : فكثرة الفقهاء  
يكتفون بتقسيم ثنائي ، وبعضهم لا يكتفي بتقسيم الثلاثي . ويذهب إلى تنوع  
البطلان مراتب متعددة .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام  
(inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي ( nullité  
relative). وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون . ولهذا  
الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل . وركن من هذه الأركان - وهو  
الرضا - لا بد أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى  
يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل في  
العقود الشكلية . فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً . وشروط المحل أن  
يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً . فإذا اختل  
شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء  
من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد  
باطلاً بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنمى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد  
الباطل بطلاناً مطلقاً . إذ التمييز يصطدم مع المنطق ، وليس بذى فائدة . أما  
أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني .  
فهو يستوى في الانعدام مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم  
أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم كما قدمنا .  
وأما أن التمييز غير ذي فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين  
أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا  
يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه

الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص ، صيانة له من الزرع . فقامت حالات بطلان لا شك فيها ، ولكن لم يرد في شأنها نص ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد ، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه . فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات . وكان الأولى عدم التقييد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية .

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على التقيض مما تقدم ، إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية . فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات . وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط ، فتتعدد وجوه البطلان وتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون (١) . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما في إجازة الواهب أو ورثته لجهة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد) ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد) ، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م ٥٠٧ جديد) ، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهي لا توسع نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها (٢) .

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً

(١) أنظر دروجول (Droguet) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها — جايو (Japioz) في رسالته في بطلان العقود ص ١٥١ و ص ١٥٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانويول وريير وبولانييه فقرة ٨١٩ — فقرة ٨٢٠ .

مطلقاً) (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر كما سئرى على مرحلتين : ( المرحلة الأولى ) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . ( والمرحلة الثانية ) يلقي فيها العقد أحد مصيرين . فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقدم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . وإما أن يقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي . فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعود في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقدم . أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيزول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان . يندمج فيها البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام (١) .

### ٣٠١ - تاصيل البطلان : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى

البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني . فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية

(١) وقد ورد في نظرية العقد للژولف (ص ٦١٨ هامش رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً ، فمبدأً على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق » .

البطلان وما تواجهه من حالات متغيرة تقتضي شيئاً من النوع . والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً . أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . وتنف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفت أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يعين له الجزء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه إجازة . وقد يسمح بإجازته كما في الحبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتاج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون . صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذي يختاره (١) . ونحن نرى هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - تتمشى مع القائمين بتنوع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥٠ جديد) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه . ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية نتولى الآن تأصيلها . ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أي ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة ، ويكون باطلاً . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب يشترط فيه المشروعية . فشروط التمييز والتقابل والتطابق في الرضاء ، وشرط

(١) أنظر آتياً فقرة ١٣٥ في الخامس .

الإمكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشروط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونه . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً (١) . والبطلان هنا تحلية طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً . فلا ينتج أثراً . ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة : وهذا هو الرضاء . فالرضاء كما رأينا يكور موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيياً غير صحيح . وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه : فهو منعقد ترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحمي القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد ، كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاه من نقص (٢) .

---

(١) وقد تضمن المشروع التهديد نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً ، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية :

( أ ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

( ب ) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .

( ج ) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونه ولم يتوقف العقد هذا الشكل .

أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد .

( د ) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان » .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي « لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ في الخامس) .

(٢) وقد تضمن المشروع التهديد نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال .

فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية :



وليس فيما قدمناه من ناصيل للبطالان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدى إليها .  
ومعلولات معقولة لعلل ظاهرة (١).

(١) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية .

(ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطالان .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ في الخامس) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تقريباً على ذلك أو كاستفاء الرضاء أو عدم وجود أغل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، في حكم الواقع ، وحكم القانون ، يحول دون انعاقده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء فيسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاء العيب أو من لم تستكمل أهليته . ومن أجل أن قابلية العقد للبطلان إنما تغل العقد في مرحلتين متابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلاً لاحقاً له من وقت نشوئه . فليست في مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبي بمقتضى نص خاص في القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) .

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجبه العقد الباطل من الآثار .  
فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (م ١٤١ - ١٤٢) . بل إن الفقه الألماني يعرف العقد المتعدم .

وعبر قانون الالتزامات السويسري بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م ١٩١ و ١٩٢ و ٢٠) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (م ٢١ و ٢٣ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩) .

والقانون الإنجليزي يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المتعدم ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كمقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا يمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا نفذ الماتزم اختياراً فلاس له أن يسترد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرق هو إحدى حالات الالتزام الطبيعي في القانونين المصري والفرنسي . ولما كان القانون المصري لا يعترف بالالتزام الطبيعي كتنظريه عامة ، فقد وضع إحدى حالاته في نصه بطلاناً .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومرتبات العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل ، ثم الفاسد ، =

٣٠٢ - **خطه البحث :** والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فيقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقادم . (٣) تقرير البطلان . ونتولى بحث كل من هذه الأدوار .

## المبحث الأول

الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

٣٠٣ - **الآثار العرضية والآثار الأصلية :** العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له . ولكنه عمل مادي (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية . على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

ثم الموقف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب المقدم من حيث ظهور الأثر . فالعقد الباطل ما ليس مشرعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركنه أو في محله حل ، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض . والعقد الفاسد هو ما كان مشرعاً بأصله لا بوصفه ، بأن يكون المقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة دحشة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يفيد الملك في المقود عليه إلا قبضه برضا صاحبه . والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صبيّاً مميزاً . فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجاز له الملك في الصورة الأولى ، والولي أو الوصي في الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار العرط وخيار النسيب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف باختلاف واضعها عن قواعد البطلان في القانون الحديث .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية . وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل . كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله (١) .  
ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

## المطلب الأول

### الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤ - استعراض بعض هذه الآثار : قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي (٢) . وهذه الآثار لا ترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها ترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلي ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء - والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

(١) وقد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجاً لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائز في التملك بالتقادم الحمى ، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قاصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشتري العقار بالتقادم الحمى . وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إجماله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المالك يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، فليس يترتب قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر باعتباره قد أود منه إيداعاً كاملاً .

(٢) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و ٤٠ وما بعدها .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا . ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة ، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايعة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل آثاران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين : إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

### ١ § — نظرية تحول العقد (\*)

( Conversion du contrat )

( Réduction du contrat العقد انتقاص العقد )

٣٠٥ — **النصوص القانونية** : لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات . أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً صريحاً هو المادة ١٤٤ ، وهي تجرى على الوجه الآتي :

« إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد (١) » .

(\*) بعض المراجع : سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جايو (Japioz) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ م ٦٧٢ وما بعدها — بران (Perria) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — بيد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ م ١١٦ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوى مقال في مجلة القانون والاقتصاد م ٤٠٥ — م ٤٣٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان بطلان العقد الأول » . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات =

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية . صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠ (١) . وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدنى الجديد .

### ٣٠٦ - كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح :

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر . فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الذى توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح « كميالة » لم تستوف الشكل الواجب فتحول من كميالة باطلة إلى سند عادى صحيح . ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة ، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة . ومثل هذا يتصرف باطل في شيء كان

= لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائى . ووافق مجلس التولعب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص ، وقيل في الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن تضع للقاضى معياراً لتحقيق العدالة ، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين ، ولكننا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكيف القانونى من القاضى يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضى يبحث في النية التى كان مفروضاً قيامها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الاختصار على حذف عبارة « لو أنها كانتا يعلنان بطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له ، ولأن المسألة نبط أمرها بالنية ، ولا محل للتفكير بعد ذلك بالعلم أو بأى طرف آخر ما دام الأمر يرجع في النهاية إلى تقدير القاضى . وأصبح رقم المادة ١٤٤ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٧ ) .

(١) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى بما يأتى : « إذا كان العمل القانونى الباطل يبنى بشروط عمل قانونى آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذى يؤخذ به إذا فرس العمل . . . . . كانا يريدانه لو كانا يعلنان بالطلان » . ويجمع هذا النص شروط « إعلان النية » التى سأتى ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المحتملة ، لا بالإرادة الاحتمالية ولا بإعدام الإفادة تمكينية على ما سأتى بيانه ( أنظر في هذا الموضوع سالى في إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨ ) .

قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف : فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ - شروط تحول العقد : ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : (١) بطلان التصرف الأصلي . (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر (١) .

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل . وتترتب على هذا الشرط نتيجتان : (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً : فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية . ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان ينضّل الوصية على الهبة . فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة . لأن الهبة وقعت صحيحة . ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد تحول العقد ما يأتي : « استقيمت أحكام المادة ٢٠٣ ( م ١٤٤ جديد ) من التقنين الألماني أيضاً . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانقاس التي تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يعمل نفسه عليها . ويدفعها من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للبطلان . فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في عقد الأصل الذي قام به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتزم عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنها تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان . ويستخلص من تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تخكية . فإذا كان يتولى عن التقدير إعادة إنشاء التعاقد ، إلا أنه يترشد في ذلك بإرادتهما باتتات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تخدم من إطلاق تقدير القاضي على نحو ينيح تقريب الشك ما أمكن بين نية المتعاقدين المتفرقة وتبينها الخبئية . ولعل اعتبار السكينة التي لا تنسوق ما يسرى ضمن الشروط المشكلة سداً أذنيّاً أو مجرد تعاقد مدني من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن نساك في صدد فكرة التحويل » ( بموجزة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٥ ) .

فلا يكون هناك محل لتحويل التصرف . بل لانتقاصه (réduction) . فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد صراحة على هذا الحكم . فقضت بأنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال . فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله» (١) . مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبغضها مملوك . فتقع قسمة الموقوف باطلة ، وتبقى قسمة المملوك صحيحة . إلا إذا أثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف . أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للبطلان ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للبطلان » . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً» لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهى تقرر نتيجة تستخلص فى غير عناء من النص نفسه ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ )

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ ( م ١٤٣ جديد ) من القوانين الجرمانية ، ومن بينها التقنين الألمانى وتقتين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص ( أنظر أيضاً للمادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسى والمراكشى ) . وهى تعرض لانتقاس العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن يبيع ورد على عدة أشياء وقع الماقد فى غلط جوهرى بشأن شيء منها ، فى كلتا المالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقترون بالهبة بطلاناً مطلقاً ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذى وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ، ويبطل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، ما لم يتم من يدعى البطلان الدليل على أن الذى يبطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا يتفصل عن جملة التصاقد ( فارق المادة ١٣٩ من قانونين الألمانى والمادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسى والمراكشى ، وهى تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد ) . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية يستلزمها مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٠ )

يدخل في نطاق قاعدة انقاص العقد . ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء في الشيوخ اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتتقصص المدة إلى خمس (م ٨٣٥ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتتقصص الفوائد إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد) . في مثل هذه الأحوال ينقص العقد لا يتحول ما دام قابلاً للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلاً لها فإنه يظل بأكمه . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحويله إلى عقد آخر صحيح . كما قد يكون هناك محل في حالة الانقاص لتحويل الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانقاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم (١) .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا اختل هذا الشرط لم يميز التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض (٢) .

(١) عمكة الزقزيق في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ من ٢٣٢ — وانظر في موضوع الاتفاص مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ من ٤٠٥ — من ٤٠٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تعين الالتزامات السويسري . (٢) ومن ثم لا يمد تحولاً ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد . وقد رأينا ، تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أئري يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأئري الذي قصد شراؤه ( انظر آخراً فقرة ١٧٨ ) . وليس في هذا تحول بيع شيء غير أئري إلى بيع شيء أئري ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأئري بالذات ، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول .

ومعنى في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز بين تصحيح العقد وتحوله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً . فمعرض البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأئري الذي قصد شراؤه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأئري — على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفي الاستئلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف المستل من الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع البطلان ، فمعرض ما يكفي لرفع البطلان =



وينبغي أخيراً أن ننصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادوا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطل . فإذا تبين الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلي ، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر . ومن هنا نرى أن القاضي قد استخلص من التصرف الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا (١) .

سحور إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه . وكذلك الحال في تسككة الشئ إلى أربعة أخماس ثمن لثمن في بيع العقار للملوك لتخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس . وتجبر أيضاً تصحيحاً للعقد القصة إذا كان نصيب المتعاقدين ما قسم من حصته إذا لُحِقَ غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪ ، وتخفيض الأجل الاتفاقى للبناء في الشيوخ إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح في هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انقضاء العقد وهو إجباري بمقتضى القانون لا اختياري بإرادة المتعاقدين . وتجبر التصحيح ، كما رأينا ، تجبر في عنصر من عناصر العقد : إما بإيداله بعنصر جديد كما في إبدال غير الأخرى بالأخرى ، وإما بزيادة فيه كالتسككة في حالة الاستغلال والفن ، وإما بانقضاء منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية وإعطاء الأجل الاتفاقى للبناء في الشيوخ . والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادى وعمل مادي يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذي لم يتقرر بطلان العقد لصالحه . وله أثر رجعي كالإجازة ، فيعتبر العقد الصحيح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه - وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد . والتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقدين أو بمقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضي . والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ مبيعاً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ مبيعاً كإتمام الالتزامات في الاستغلال وفي عقود الإذعان ، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للسائل غير الجهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وإتمام الالتزام المرحق في نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو ، كما رأينا ، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي ، وإنما تكيف تكيفاً قانونياً غير التكيف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم . وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز التحول من التصحيح . وأما إجازة العقد فهو ، كما سئرى ، استبقاء العقد القابل للإبطال بتناصره كما هي ، وفي هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد المجاز على تكيفه القانوني الأصلي دون أن يكيف تكيفاً جديداً ، وفي هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول . (١) ويبرز ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على الغاية التي قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالي . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ، =

## § - نظرية الخطأ عند تكوين العقد (\*)

( Culpa in contrahendo )

### ٣٠٨ - كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد - وما هو جزاء

**هذه الخطأ :** قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ، ويطمئن إلى ذلك ، ويبني تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا تقرر بطلان العقد ، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أى أساس قانوني يكون هذا الرجوع ؟ هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه ؟

== وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فإن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها ، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح ، لو أنهما كانا يعلمان بطلان الطريق القانوني الذي اختاراه ، مادام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية السليمة التي قصداها . فالعبرة إذن بالغاية السليمة ، لا بالإرادة القانونية .

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط في التحول أن تصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل . فلا يمكن الإرادة المحتملة . بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي فتصرف لإرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الاحتياطية هي كما ترى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلاً في الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لأعلى إرادة محتملة .

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة ، بل يكفي بانعدام الإرادة العكسية . فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول .

(\*) بعض المراجع : إهرنج : أعمال المختارة جزء ٢ ص ١ - ص ١٠٠ - سالي في الالتزامات

في القانون الألماني فقرة ١٥٣ - فقرة ١٦٦ - سالي في إعلان الإرادة م ١٢٢م فقرة ١ - فقرة ٦ وم ١٤١ فقرة ٥٤ - فقرة ٦٠ - روبييه رسالته في المسؤولية السابعة على التعاقد - لجرو (Legros) في المسؤولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ - رو (Roux) في التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ - هلتزاد في الالتزامات التي تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ - الدكتورو حلمي بهجت بدوى مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ -

ونأتى بأمثلة توضح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر ، وكمدبر شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاق بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل ، وكأن يلزم البائع لسبب غير مشروع ، ولكن المشتري لا يعلم سبب البطلان وبطمئن إلى قيام العقد . وقد يكون العقد قابلاً للإبطال ، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد وبطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد . وكأن يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح ، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالجها القانون بنصوص خاصة . فالموجب الذي يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد) . ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به : فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري ، رجع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

### ٣٠٩ - نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج

(Ihering) الفقيه الألماني المعروف واجه هذا الترض في صورته المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo) . ودعاه إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده . ولم يكن هذا القانون يعلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال المضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilian) المعروف . فام يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل . كواقعة مادية . يعتبر خطأً يوجب التعويض . ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعر على بعض النصوص التي تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها (١) . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية ، في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، ياتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد . بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد (٢) .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية - الخطأ والعقد والتعويض - يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب

(١) إهرنج : أعماله المختارة ( الترجمة الفرنسية ) جزء ٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً : متجر في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ «بيع» بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المقنع الأول (vor) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه «يشترى» . فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميه بدلاً من أن يبيع . وأرسل سعر السندات بعد ذلك ، فبلفت الخسارة مبلغاً جسيماً ( إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧ - ص ٨ ) .

توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان ، فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع ، وأن من العدل أن يتحملة هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه ، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض .

وأما العقد الذي أدخل به المتعاقد المستول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنين . ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الروماني . فهذه القواعد ضيقة في العقد كما هي ضيقة في الخطأ . وليس كل إيجاب وقبول في القانون الروماني يعتبر عقداً . لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا ، بل يقيمها على العقد الباطل ذاته ، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل صار يعتبر خطأ في القانون الروماني ، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا . فإذا قيل إن العقد باطل قرصاً فكيف ينتج أثراً ، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرّد العقد الباطل من كل آثاره ، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً ، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني (١) . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التي سبقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية . بل على أساس أنه عقد . وهذه الخصيصة هي أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلو أنه الخاص في نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما

في التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية ( *intérêt positif - Erfüllungs Interesse* ) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية ( *intérêt négatif - negative Vertrags Interesse* ) .

وبأني إهرنج يمثل بين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة في فندق وتغلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أي عن الضرر الذي أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد ، فيدفع أجرة الغرفة . أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء توفئه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد . ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . - ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلاً : تاجر باع عشرة صناديق من « السجائر » ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أي الربح الذي كان يجنيه من الصفقة والخسارة التي لحقت من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات في إرسال الصناديق واستردادها . أما إذا كان العقد باطلاً ، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادي في الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذي يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التي كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذي كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . -

وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوي هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التي لحقت الدائن والمكسب الذي فاته . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بثلث ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففي هذه الحالة يرجع أيضاً

بالمكسب الذى فاته إلى المصروفات التى أنفقها ، فيستوى التعويضان - وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكن رفضها احتراماً لتعاقده الأول . فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية . فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية ، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد . - على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون فى بعض الفروض منعداً ، فى المثال الذى نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصاديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى . فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما ، إذ لم يفقد مكسب ولم يتكبّد خسارة (١) .

٣١٠ - أثر نظرية إهرنج فى القوانين الحديثة : وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سائلة الذكر . ونتعقب هذا الأثر فى القانون الألمانى بنوع خاص . ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم والقانون المصرى الجديد .

أما فى القانون الألمانى فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كنتظرية عامة . بل فى مواطن متفرقة . فنص فى المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ فى نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعرض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعرض أى شخص ، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة . دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة . وينقطع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب انبطلان أو القابلية للإبطال . وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروص معينة : فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط .

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٣ ص ١٨ - ص ٢٢ .

ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألماني على أن الطرف الذي يعلم . أو يجب ضرورة أن يعلم . عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل ، باستحالة هذا العمل ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد . دون أن يجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التي لهذا الطرف في صحة العقد . على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم . أو يجب ضرورة أن يعلم . بهذه الاستحالة . وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل . ويتبين بأنه يشترط فيه خطأ في جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون عالماً باستحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سبب النية ، وإما أن يكون في استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً . فهو مخطيء في الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ . وبلاحظ أن القانون الألماني إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في القروض التي قدمناها . فإنه لم يبين المسؤولية على خطأ عقدي كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسؤولية تقصيرية في الفرض الأخير كما رأينا . وجعلها مسئولية مادية في القروض الأولى .

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالي في ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي ، وهو يقضي بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يعلم أن الشيء مملوك للغير . فصدر التعويض في هذه الحالة . في نظر سالي . لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية . وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد . إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد (١) . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (٢) .

(١) سالي في الالتزامات في القانون الألماني،قرة ١٦١ — أضر أيضاً هذا المعنى بتوسع كبير بودرى وبارد ١ ققرة ٣٦٢ .

(٢) بلانيول وريير وإيمان ١ ققرة ١٣١ وققرة ٣٢٤ — ومع ذلك أنظر ققرة ١٨٩ .  
مازو ١ ققرة ١١٦ — ١٢١ — هلنراند ٧٥ و ١٨٩ — ص ١٩٠ .





### ٣١١ - رفض نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التفصيري

**دور الخطأ العقري :** والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراباً لما ضاق القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن في سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني . وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ . فإذا ثبت في جانب من أثر سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولاً ، ولن نحار في تكييف هذه المسئولية ، فهي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهي بين أمرين . إما أن تجعل قيام سبب البطلان في جانب التعاقد خطأً حتماً ، وقد يكون هذا التعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير في ذلك . فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التفصيري . وإما أن ترفض عقداً ضمناً بكفالة التعاقد . ونحن إنما نتناول هذا العقد ونفسر عليه التعاقد قسراً ولا نمشي في ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا العقد الضمني لا يستقيم لنا في كل الأحوال . فلو أن سبب البطلان كان التقيصر ، أياً كان القاصر ، وهو غير ملزم بالعقد الصريح الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته ، ملتزماً بالعقد الضمني الذي يكفل به صحة التعاقد ! وأين نقص الأهلية ! ألا يؤثر في العقد الضمني كما أثر في العقد الصريح ! وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هازلاً في العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً في العقد الضمني ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصاحبة الإيجابية ينطوي على شيء من التحكم قد يصعب تبريره في بعض الحالات . كذلك الباقي من المقومات الثلاثة للنظرية - الخطأ والعقد - في كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرره . والقانون الألماني ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كفاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو في هذه الحالات حاد عن النظرية في الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير ، وقد تقدم بيان ذلك .

الآثار إلى إذن الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد . واعتبار العقد الباطل واقعة قد استكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض . ويكون العقد باطلاً من هذه الحالة أيضاً . قد أتيح أنراً عريضاً ، لا باعتباره عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية (١) .

## المطلب الثاني

### الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ - **لاى غرض يربط العقد الباطل آثاره الأصلية :** قد يربط القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية . بل باعتباره عقداً . فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة . يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لا سيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل . فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبنى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهري من أصول القانون ، الذى تدرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها لا يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .

٣١٣ - **أمر من عقود باطله ترتب آثارها الأصلية :** وتورد بعض الأمتدة على ما قدمناه . فمن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطله ، ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى بطلان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطلانها . وهذا

(١) فارتى الدكتور حلمى ميجت بدوى في أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٩ - ولا ينبى عن البال أننا ، وقد جعلنا المسؤولية تقصيرية ، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسؤولية . فيجب على من يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ونجب أيضاً أن نلاحظ أن الخطأ التقصيري يختلف عن الخطأ التقصيري في الأهلية وفي التعويض وفي الإعذار وفي النظام وفي الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية ، ويبقى هذا مماه عند الكلام في المسؤولية التقصيرية .

الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .  
 ووجه ذلك أن الشركة التي قضى ببطلانها تعتبر في مدة السابقة على الحكم  
 بالبطلان شركة واقعية (société de fait) . تنتج الآثار التي تنتجها الشركة  
 الصحيحة . ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً . ويخفى الشركاء الربح  
 ويحملون الخسارة . ويقسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها  
 في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه «يبقى  
 قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند  
 ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . إذا كان هذا الدائن  
 حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» . ويتبين من هذا النص أن عقد  
 الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكيته قد  
 أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً  
 عليه آثاره الأصلية . ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .  
 وشبه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته . فإن أعمال الإدارة التي صدرت  
 منه قبل الفسخ ، وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ،  
 تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعي . وذلك حماية لاستقرار  
 التعامل في أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصوري . وهو عقد لا وجود له . ومع ذلك يقوم  
 بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري  
 تصرفات الوارث الظاهر . فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك  
 تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضي بأن الخطأ الشائع يقوم أمام القانون  
 (error communis facit jus) .

## المبحث الثاني

### الإجازة والتقادم

#### ٣١٤ - مقارنة بين العقد الباطل والعقد الغايل لم يبطال من حيث

الاجازة والتقادم : لعقد الباطل لا وجود له منذ البداية . فلا يتصور أن  
 تاحقه الإجازة أو أن يتقادم لانفع بطلان . أما العقد الذي يظل قائماً في مرحلته

الأولى، كما رأينا. يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله. ويزول هذا الحق بالنزول عنه، وهذه هي الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل. وهذا هو التقادم. فالعقد القابل للإبطال إذن، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم (١).  
ونفصل الآن ما أجملناه.

## المطلب الأول

(Confirmation) الإجازة

### § ١ - العقد الباطل

٣١٥ - **المقر الباطل لا تلحقه الإجازة** : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من القانون الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلاً لاجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان : والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها : ولا يزول البطلان بالإجازة» (٢).

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم. والعدم لا يصير وجوداً ولو أجز. وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وتظهر أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه : . . . . . (ب) ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان ، فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقدين الفاسد من الرشد وقت الإجازة مثلاً) وأن تكون الإجازة ذاتها مبررة عن العيب ، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً . وإذا كان أثر الإجازة يستند ، أو ينطبع على الماضي ، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلاً من يشترى عقاراً كان قد سبق لملكه بيعه ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولا كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الفاسدة التي تلحق بها صفة التقصير المدني ، فيظل مرتكبهما مثولاً عما وقع منه بتقضى القواعد العامة ، رغم إجازة التعاقد الآخر للتعاقد ، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسؤولية (ج) ومادام العقد المطلق البطلان معدوماً ، أو غير موجود ، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم وعلى الشيء من ذلك بعدم البطلان النسبي بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد ، أو بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال قس الأهلية أو تبين العلة أو التدليس أو انتفاع سلطان الإكراه . ٢ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .  
(٢) أنظر تاريخ النص وما يلي (فقرة ٣١٩ في الخامس) .

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل . فلا يجوزهم أن يسردوا ما سلموه » . فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا . فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها . بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته . التزام ضيعى ، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسرد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعى (١) .

### ٣١٦ - ولكن يجوز محمد بن جبر : وإذا كان العقد الباطل

لا تلحقه الإجازة . فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection) (٢) . فالإجازة . كما سنرى ، عمل قانونى صادر من جانب واحد هو اعيز . ولما أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد الخجاز . أما عمل العقد من جديد فيفتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد . ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافق الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد . ويكتفى بتوافرها في تحيير وقت الإجازة .

### ٢٨ - للعقد القابل للإبطال

### ٣١٧ - العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة : نصت المادة ١٣٩

من القانون الجديد على ما يأتى :

١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد . دون إخلال بحق

(١) وقد قضت محكمة الإكندرية الكلية لونية بأن الهبة باطلة شكلاً ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ يشأ عنها التزام أدنى فذمة الواهب ، بمعنى أنه إذا أودع لا يستطيع استرداده ، ومعنى أنه ينقلب التزاماً مديناً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣١٤ ص ٦٥٣) .

(٢) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification) . فإقرار العقد عمل قانونى صادر من جانب المقر ، وهو من الغير ، فيجعل العقد بهذا الإقرار سائياً في حقه ، كأنكك يربح الغير لاسك ، وكلوكل بقر عقداً أبرمه الوكيل مخوراً به حدود الوكالة .

تعبير (١).

وقد قلنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً ، دام بطلانه لم يتقرر . وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر .

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد . فلا حاجة لاقراران قبول بها . ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر (٢) .

والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان . فناقض الأهلية ومن شاب رصاه غيب عما لا يذان تصدر منهما الإجازة . وعساً ما يقضى به المطلق القانوني ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان . ولا يترتب عن الحق إلا من يملكه (٣) . ويجب في الميز وقت الإجازة أن يكون كامل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٨ من المشروع التقيدي على الوجه الآتي :

« ١ - العقد الباطل مطلقاً نسباً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية . وتنحصر الإجازة على الأخص إذا هذا العقد مختاراً من له الحق في طلب البطلان وهو عالم بذلك . ويشترط لإجازة العقد أن تكون مرفوعة وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وإن تكون الإجازة دائماً خالية من كل عيب . ٢ - وتنحصر الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحدوده . » وفي حجة المراجعة حوز النص تعويهاً لفظياً ، وأصبح رغم المادة ١٥٣ في التبرؤخ نهائياً . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لم يوافق . « مع غير أن تكون لفترة الأولى من المادة كما يأتي : » نزول حتى يصح العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . مع حذف غير الفترة لأن في القواعد العامة ما يبقى عن إبرادها . ثم نقلت اللجنة إلى الفترة الثانية من المادة فتمسك الرئيس كيف نزل الإجازة حقوق النص . « يجب أن غالب يتحقق مثلاً في حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلاً للأول . « مرأى البائع إجازة هذا العقد ، فاشترى الثاني فبطلت حمايته لأن التصرف الثاني اعتبر بمثابة سائر حتى الإجازة ، ولذلك يجب عدم نقض الإجازة في حق المشتري الثاني وبعد مناقشة طويلة انتهى رأي اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية منصتة عبارة : « دون إخلال بحقوق الغير . » وأقرت اللجنة النص في النهاية على الوجه الوارد في المتن الجديد . وأصبح رقم المادة ١٣٩ - ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها لجنة . ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٢٤٠ - ٢٤٦ ) .

(٢) استضافت مختلفاً في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٦٥ .

(٣) وعند بيع ملك الغير ، إذ يجوز له أن تصدر الإجازة من المالك المختار مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . ويفسر هذا علة البطلان في بيع ملك الغير ، وعلى الرغم من أن هذا البيع لا يترتب الملكية إلا المشتري ، فإذا حاز المالك الحق في العقد لم يعد هناك ما يمس من أقال الملكية ، فتنص علة البطلان ، بطلان .

الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يجيزه . وألا تشوب الإجازة - وهي عمل قانوني كما قدمنا - عيب من عيوب الإرادة . غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان . فناقض الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية . فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجارته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب . حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك .

ونكون الإجازة صريحة أو ضمنية . ولا بشرط في الإجازة الصريحة أن تشمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي) . بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح . بشرط أن تكون نية المحيز في الإجازة واضحة (١) . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان (٢) . أو بإثباته عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان (٣) ، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أبجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين (٤) . وعقب إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر

- (١) استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٤١٧ - وفي ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ من ٢٦١ - والتون ١ من ١٤٩ .
- (٢) استئناف مختلط في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ من ٥٨ - وفي ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٣١ .
- (٣) كبنائه على الأرض التي اشتراها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختططة بأن استيفاء الشريك على الجزء المرفوض الذي وقع في نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف عيب الذي شاب عقد القسمة يعتبر إجازة ضمنية للعقد ( ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٥١٧ ) - كذلك بعد إجازة ضمنية للقسمة استيفاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ربيع الجزء المرفوض الذي وقع في نصيبه في قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال .
- (٤) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٨٥ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٥ من ٢١٥ . وتصرف البائع في اثنين إجازة ضمنية لباع قابل للإبطال (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٦٥) . وصالح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لو كنهه بالادارة في الإدارة إجازة ضمنية للعقد الوكالة (استئناف مختلط في ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٣٣ من ١١٤) . وأصحهم القاصر بعد بلوغه سن الرشد لآتيه في طلب قسمة عقار له فيه حصة سميعة لأنه تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية من بلوغ القاصر سن



غير المجيز ، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالينة أو بالقرائن (١) .

### ٣١٨ - أثر الإجازة : وإذا أجزى العقد القابل للإبطال ، زال

حق المتعاقدين التمسك بإبطال العقد ، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات . ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن ، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن (٢) .

= الرشد (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٧٥) . واستجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للمقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ من ١٢٣) — ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ من ٤٥) — ومجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مهالطت الدعة ، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٤٦) — وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م (٣٨ من ٤٧٢) ، ما لم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (نبي سوبف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ من ١٣٣) — ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع التعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٨٥) ، ولا دخول التعاقد في مفاوضات الصلح لم تكن منتجة (اسكندرية المختلطة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ من ٤) ، ولا الإضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال ما دام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ — غارن دي هلتس ١ لفظ (confirmation)

فقرة ١٢ .

(٢) ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على التضييق الآتي : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يقرر بطلانه ، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشتري ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك وهو المشتري ، وبعد إجازة انبثق تنتقل العين نهائياً إلى المشتري خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١) . هذا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠١ من ٤١٨ — بودزي وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢) .

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة . فإن كانت هناك عيوب أخرى بقی باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً في غلط . وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية . بقی له الحق في إبطال العقد للغلط .

## المطلب الثاني

### التقادم

#### § ١ - العقد الباطل

٣١٩- دعوى البطلان تسقط بالتقادم : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتي : « وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد » (١) .

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بقهرتها) : ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « وللتقاضي وللغلب العام والحاس وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة ، كما أن المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة « كل ذي مصلحة » لأنها أكثر شمولاً من التعبير الوارد في النص الأصلي . ومزجت مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط . مثال ذلك حجة باطلة شكلاً إذا لم يسلم الواهب الشيء الموهوب ، ومضى على الحجة أكثر من ١٥ سنة ، ورفع الموهوب له دعوى يطلب بالموهوب بمقتضى عقد الحجة الباطل ، فللواهب أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة . أما إذا كان الواهب في هذا المثال قد سلم حجة للموهوب له بعد سنتين مثلاً من وقت العقد ، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواهب أن يرفع دعوى بطلان حجة ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضي ١٥ سنة من وقت الحجة . وبلاحد أن التقادم هنا هو التقادم المسقط ، لا التقادم الكسبي الذي يقتضي أن الموهوب له بعد تسليم الحجة يضع يده عليها خمس عشرة سنة . وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتي : « وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة « دون الدفع به » من الفقرة الثانية لأن من المنطوق عليه أن الدفع لا تقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

وكان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم . والعدم لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هذا رأينا في عهد القانون القديم (١) . ولكن القانون الجديد ، تمسكاً مع عكمة النقض الفرنسية (٢) ومع بعض الفقهاء الفرنسيين (٣) ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد (٤) . وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فمكس المشروع النهائى الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً الى القانون الجديد على النحو المبين فى الأعمال التحضيرية (٥) .

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل ، وبقيت دهرأ طويلا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلا . ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

### ٣٢٠ - ولكن الرفع بالبطلانه لا يسقط بالتقادم : ولأن العقد

الباطل لا يتقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طال المدة . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشتري ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشتري ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء

(١) نظرية العقد المؤلف بقرة ٢٥٠ .

(٢) غش فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠ - ١ - ١٤٥ .

(٣) بلايول وريبير وإسمان ١ بقرة ٣١٠ .

(٤) أنظر أيضاً فى هذا الذى الدكتور حلى بهجت ، دوى بك بقرة ١٦١ .

(٥) أنظر تاريخ نص المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخاصة بها ، وقد سبق ذكرها فى هاشم هذه البقرة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ٢٥٣ ) .

خمس عشرة سنة . لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري : ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشتري فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فبتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض . ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب . وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان (١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهى دعوى شخصية بسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق . وهى دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن فى بيع باطل : وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع فى دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط . فبتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان القيد قابلاً للإبطال ، فإن بطلان القيد يزول بالتقادم كما سنرى . وفى المثل الذى نحن بصددده ، لو كان البيع قابلاً للإبطال وتقدمت الدعوى ، فإن المشتري يكسب ملكية الأرض ، لاعتن طريق التقادم المكسب لحق الملكية ، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذى غطى التقادم عنه .

فقد التنازل عنه في سنة ١٩٢٤ ، وأصبح على المشتري حقه في استرداد الثمن .  
فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان . بل إلى التقادم المكتسب  
لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد (١) .

## ٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٢١ - الدعوى والرفع بسقطته بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من  
القانون الجديد على ما يأتي .

١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث  
سنوات .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول  
فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ،  
وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التسك بحق  
الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت  
تمام العقد ، (٢) .

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي:  
١ - لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يقم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان  
لفطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان  
عدم توافر الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود  
غلط أو تدليس من الوقت الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو  
الإكراه من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال من اليوم الذي  
يتم فيه العقد . وفي كل حال لا يجوز التسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشر عاماً  
من وقت تمام العقد . ٣ - يسقط كذلك بالتقادم الدعوى التي يراد بها إقصاء الالتزامات في حالة الاستغلال  
إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد . وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات فظية  
وأصبح رقم المادة ١٤٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون  
المدني مجلس الشيوخ حذفت من الفقه الثاني الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة  
الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة  
أولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديدة) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس  
الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التجميعية ٢ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٩ )

ومن هذا النص يتبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع (١) . وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهددًا بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز . يثبت وجوده منذ صدوره . إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قلنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير . أما في زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عبداً . ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد . فيتقادم البطلان ويؤول . ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً . ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقادمها في العقد القابل للإبطال . فقد قلنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً . بل يبقى العقد باطلاً . ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقادمها . أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا . ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

### ٣٢٢- مدة التقادم : وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل

للإبطال في القانون القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبقّى خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك

(١) ويلاحظ أن اندفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن اندفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقة دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ يستخذ من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم ، لأنه دعوى والدعوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم ، لأنه دفع والدفع لا يتقادم .

حجر : - لا بد من وقت انكشاف الغلط . يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته . أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس . أو من وقت انقطاع الإكراه . بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم يكشف الغلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة . فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هي الأقصر . فالتقادم يكون إدد بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فإنها توقف وتستقطع وفقاً للقواعد المقررة في التقادم .

وقد حذا القانون الجديد في تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة . أما القانون السوري الجديد فقد أمعن . كالقانون السويسري ، في تقصير مدة التقادم في البطلان ، فنصت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسرى أن القانون المصري الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً في الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعي في تقصير المدة في تقادم البطلان أن يستقر العقد في خلال مدة معقولة ، فلا يبقى مزعماً مدة طويلة . وروعي في تقصير المدة في تقادم الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات في هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم ، فهي تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التي تنشأ بإرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم في الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدته في العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢) ، فتكون المدة في الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية القياس الزمني وناحية مبدأ السريان

### ٣٢٣- سريان مدة التقادم الجبرية على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون

**الجبرية :** ولما كان القانون الجديد قد قصر مدة التقادم في البطلان على الحق الذي قررناه . فإن هذه المدة القصيرة هي التي تسرى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل نفاذ القانون الجديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا القانون . وذلك ما لم يكن الباقي من مدة التقادم المقررة في القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد (١٠ جديد) . ويتضح ذلك في المثال الآتي :  
 أقصر أرم عقد في أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فيدرك القانون الجديد ، في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا العقد ويقدم البطلان فيه لا يزال سارياً . إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التقادم بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، أي في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب في هذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التي قررها القانون الجديد . وهي ثلاث سنوات ، ويكون مبدأ سريانها من وقت العمل بالقانون الجديد . أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التقادم في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد . لا في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ . وكان قد أبرم العقد قبل ذلك ، فإن التقادم يتم في هذه الحالة في ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم ، لا في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد (١) .

## المبحث الثالث

### تقرير البطلان

( دعوى البطلان )

### ٣٢٤- مسائل مهمات : يعني في تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثاً :

(١) من الذي يتمسك ببطلان العقد . (٢) وكيف يتقرر البطلان . (٣) وما

(١) أنظر في كل ذلك المادة ٨ من القانون الجديد . ونعمود لتطبيق هذه المادة في شأن التقادم في العمل غير المشروع . ويقاس تعاليفها في شأن التقادم في الإبراء بلا سبب على كل من مذهب التعطيلين .



الأثر الذى يترتب على تقريره .

## المطلب الأول

### من الذى يتمسك بالبطلان

٣٢٥ - العقد الباطل والعقد القابل للإبطال : فى العقد الباطل يجوز

أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك ، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . أما فى العقد القابل للإبطال ، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر (١) .  
ونفصل ما أجملناه .

### § ١ - العقد الباطل

٣٢٦ - النصصرى القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١

على ما يأتى :

«إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً فى تعيين ذوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن «المتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإدام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المدوم — فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالتأجير مثلاً فى حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاناً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذى بشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقدم الدليل على توافر سببه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٥٦ ) . وكان المشروع التمهيدى يقضى فى المادة ٢٠٠ منه بأن « كل من ادعى سبباً للبطلان المطلق أو النسبى يكون عليه إثباته » ، فحذف هذا النص فى المشروع التامى لعدم الحاجة إليه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٥٤ — من ٢٥٥ فى الهامش ) .

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ فى الهامش .

لإعادة في المادة السابقة .

### ٣٢٧- يتمسك بالبطانون كل ذي مصلحة والممكن من إلغاء نفسها

أنه تقضى به : العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا . وسرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع . وقد تقضى الضرورة العملية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى . وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإن الذي يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك (١) .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترب على ذلك أن مجرد المصلحة . دون قيام هذا الحق . لا يكفي . فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الحار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع . والمشتري حتى يسترد الثمن . ودائماً كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب . بل أيضاً بطريق مباشر . وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة . وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فالرهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن . والرهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين ، ومتأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومتأجرها من المشتري يطلب البطلان

(١) عكسة الصورة الكلية الوطنية في ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المضافة ٢٣ رقم ١١٢

حتى يسرد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان . لا عن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة . بل بمقتضى حق مباشر لهم . فالذين يجوز ضم التمسك بالبطلان إذا هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تفضى بالبطلان من تلقاء نفسها . لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني . والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

### ٣٢٨ - متى يجوز التمسك بالبطلان : إذا كان التمسك بالبطلان عن

طريق الدعوى . فلا بد من رفعها في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك في أى وقت كما سبق القول . ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) .

### ٢٤ - العقد القابل للإبطال

### ٣٢٩ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد

على ما يأتي :

« إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد . فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه ،

---

(١) استئناف محتاط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ س ٣٥ ( وكان الدفع بالبطلان للقط ، وهو في هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق ) . وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان ، الذي جوزت المادة ١٣٣ من قانون المرافعات ( قديم ) إبداءه قبل الدخول في موضوع الدعوى وقضت المادتان ١٣٨ و ١٣٩ مرافعات ( قديم ) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة ، بما يفيد اعتارها صحبة ، إنما هو الدفع الخاص ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقود ، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفوع الموضوعية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً ( تفسى مدنى في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥١٠ ) .

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلى ( فقرة ٣٣٥ في الهامش ) .

فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

### ٣٣٠- لا يتمسك بالبطاوة إلا المتعاقد الذي تقرر البطاوة لمصلحته :

العقد القابل للإبطال لم تقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الآخر ، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، فناقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان (١) . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد . وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمنضى حق مباشر لهم ، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقدين ، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة . كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

### ٣٣١- متى يجوز التمسك بالبطاوة : ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى

أو دفعا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي يبينه في العقد الباطل .

---

(١) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، تصح إجازته وبزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لا حاز ذلك .

## المطلب الثاني

كيف يتقرر البطلان

### § ١ - العقد الباطل

**٣٣٢ -** لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان: لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع ، فهو لا يزال في ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع .

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

### ٣٣٣ - ولكن قد تنفي الضرورة العملية بالحصول على حكم :

وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يادر إلى رفع دعوى البطلان . ويعرض هذا في بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر

على الكشف عن بطلانه .

## ٢٤ - العقد القابل للإبطال

### ٣٣٤ - لا يقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالقضاء أما العقد القابل للإبطال

فله وجود قانوني إلى أن يقرر بطلانه . ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي . أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد . أي ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً . فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد . وليس له حق التقدير الذي سراه له في حالة النسخ (١) .

### ٢٣٥ - فهو يقرر بإرادة منفردة : ويتبين من ذلك أن المتعاقد

ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك لكل من القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري (٢) . وقد كان المشروع النهائي للقانون الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ويكفي لإبطال

(١) استضاف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ٩٣ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألماني بأن البطلان يقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتنص المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه بغيره أجزأ إذا كان الطرف الذي يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله ، أو دون أن يشرط مادمه ، وتسرى السنة من وقت اكتساب الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه ( أنظر في ترجيح هذا الحكم نظرية العقد المؤقت س ٤٨ - ٨ من رقم ٢ وهامش رقم ٣ )

العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته . فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . وقد حذف لجنة القانونين الملحق بمجلس الشيوخ هذا النص «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، ونجماً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية» (١).

### المطلب الثالث

#### أثر تقرير البطلان

٢٣٦ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد

على ما يأتي :

(١) كان هناك نصان في المشروع التهديد هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من القانون الجديد ، وكانا يجريان على الوجه الآتي : م ١٩٦ - ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبى لمصلحتهم أن يتسكروا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة . وهذا البطلان تلحقه الإجازة وزول بالتقديم م ١٩٧ - ١ : يكفى في تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً - ٢ : وإذا كان العقد باطلاً إعلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان - ٣ : على أن لإبطال العقود النافذة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في مادة واحدة ، وحذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها ورد في مكان آخر ، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة ، وبعد تحويل في اللفظ ليحمل النص أقرب إلى التطبيق العملى من التقرير الفقهى ، فأصبح النص في المشروع النهائي (م ١٤٢) يجري على الوجه الآتي : ١ - إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فلاس للمتعاقد الآخر أن يتسك بهذا الحق . ٢ - ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . ووافق مجلس النواب على هذا النص - وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانقسمت اللجنة في ذلك ، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ونجماً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لحنه ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٣٥ - ص ٢٤٠ ) .

- ١ - في حالي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .
- ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (١) .
- وبتبيين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال ، إذا تقرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدل به تعويضاً يعادله . ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ٣ - لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للأداب أن يسترد مادمه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذت الفقرة الثالثة لأنها لا تنتمي مع معنى البطلان . فأصبح النص مطابقاً لأوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٩ ) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « يد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتسلك به . ونتج القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أمره ، واعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه ، دون أن يحل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي ( وقد اتبع المشروع التمهيدي نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا ) . ويلزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاً حالة ناقص الأهلية ، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لتواعد الإنشاء بلا سبب . والثانية حالة وفاة أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للأداب ، فلا يجوز لثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب . ودل هذا النوع بأن المشروع وجه الحكم في مسألة أثر بشأنها خلاف شديد ( أنظر المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من التفتين الإسباني ، والمادة ٦٩٢ من التفتين البرتغالي ، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإجمالي ، والمادتين ٧٧/٧٢ من التفتين التونسي والمراكشي ، والمادة ٨١٧ من التفتين الألماني ، والمادة ٦٦ من تفتين اللاترانات السويسري ، والمادة ١٣٢ من التفتين البولوني ، والمادة ٩٧١ من التفتين البرازيلي ، والمادة ١٨٠ من التفتين الصيني ، والمادة ١٤٧ من التفتين السوفيتي ) .



## ١٩- فيما بين المتعاقدين

٣٣٧ - نوال كل أثر للعقد : إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له (١) ، وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية .

فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه . رد للمشتري المبيع إلى البائع . ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بشمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفي مقابل ذلك لا يلزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يردده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقداً أعطاه إنمسا يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه (٢) . حكم القاضي بتعويض معادل . فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه . وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه ، فالمنفعة التي استوفها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها . وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز .

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية ترتب على العقد الباطل .

(٢) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضى — كما سئرى عند السلام في دفع غير المستحق — بأن يشتري إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تعلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آت إليها عند التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، أى يعلم أنه نسلم شيئاً غير مستحق له ، ألزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يفيد من هذه المسؤولية إلا أن ثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع ( قانون نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٣ هامش رقم ١ ) .

بقى أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية .

### ٣٣٨ - مائة عدم المشروعية : (\*) اشتمل المشروع النيهدي للقانون

الجديد على نص في هذا الصدد . فقتضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه « لا يجوز لمن وفي بالتزام يخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو في التزام لم يخالف الآداب » . فحذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي « لأنها لا تنمى مع منطق البطلان » . ذلك أن منطق البطلان تقتضي في العقد الباطل ، أيا كان سبب البطلان ، بإعادة كل شيء إلى أصله ، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية في العقد الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالاً ليؤد له ماسرقة منه . فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما في الرشوة والاتصال الجنسى غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك . فإن أعطى المال لا يستطيع أن يسترده . لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه . فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) . وقد أحترم الفقه الفرنسي هذه القاعدة بإدائه الأمر (١) .

(\*) أنظر في هذا الموضوع وجيز (Wagner) في بطلان البب غير المشروع رسالة من أريس سنة ١٩٠٠ - أريس (Arbus) في السبب غير المشروع رسالة من موبليه سنة ١٩٠٣ - سافاتييه (Savatiere) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ من ٢٣٩ وما بعدها - كابتان في السبب فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - مجموع ٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة ٨٨٠ - والتون ١ من ٣٤٧ - من ٣٥٤ - الدكتور حلى بهجت بدوى بك في مقال له في مجلة القانون والاقتصاد ٤ من ٣٦٠ - من ٣٦٣ .

(١) بوليه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ - ١ أوجرى دوى ٦ فقرة ٠٤٦ مكرر من ٣٢٢ حاشى رقم ٨ - لارومبيير ١١٣٣ فقرة ١٠ .

ثم تحول عنها لأن مشروع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه (١). أما القضاء الفرنسي فقد كان يدمرها كذلك . ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها . وأصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للآداب (٢).

ولا يزال القضاء المصري يحترم القاعدة (٣) . ولم يخرج عليها إلا في أحكام قليلة (٤).

- (١) ديتولوم ٢٧ غرة ٤٣ — لوران ١٦ فقرة ١٦٤ — هيك ٨ فقرة ٣٩٢ —  
 بنوار من ٦٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ م ٨١٠ .  
 (٢) أنظر تحليلاً تفصيلاً في القضاء الفرنسي في كايتمان في السبب فقرة ١١٥ — فقرة ٦١٨ .  
 ويستخلص كايتمان من استمرار القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية في جميع العقود غير المشروعة ، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام . ويذهب في ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يلقى أن تنظر فيها المحاكم ، بل الجدير أن تقلل يدها من مثل هذه القضايا اللوثة ، فلا تحكم فيها بقبول أو رفض : أنظر بنوع خاص في هذا المعنى محكمة بوردج الاستثنائية في ١٣ يونية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستثنائية في ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سبيرة ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ — وأنظر محكمة النقض الفرنسية في ٤ يناير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ في الاتصال الجنسي غير المشروع — وفي ١٥ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ في الرشوة — وانظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ .  
 (٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ م ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ م ١١٥ — وانظر في القضاء المصري تفصيلاً نظرية العقد للوفل م ٦٥٥ حاشي رقم ٣ ومرجع القضاء ، ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٧٧ — ٥٢٨٣ — بطوروس ٢ م ٤٣٥ — ٤٣٦ . هذا وقد ذهبت بعض الأحكام في مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها ، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانوني ليس له أن يطلب استئصال ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطني في ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ م ٢١٧ رقم ٢٢٩ — استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ م ٦٢ — وفي ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٢٨٨) . ذلك أن المدين الذي دفع الفوائد الربوية غير ملوث ، واللوث هو الدائن الذي اضطر المدين إلى ذلك (أنظر في جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط في ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد) .  
 (٤) محكمة مصر السككية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٥/٣ م ٢٢٤ — وقضت محكمة الطلائع الجزئية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (الطلائع ١٣ رقم ٣٠٧ م ٦٠٣) بأنه وإن اختلفت الآراء في جواز استرداد ما أدى تنفيذاً لعمه داهم على سبب مخالف للآداب أو للنظام العام ، إلا أنه مما لا شك فيه أن نتيجة الرأي القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدي حتماً إلى إفراز حالة يأبأها القانون ، لأن حرمه أحد المقادير من استرداد =

وقد أخذت الشفقات الحديثة بالقاعدة الرومانية ، من ذلك النصين الآتيين (م ١١٧) وتعين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى لإبطال (م ٢٧ فقرة ٢) (١) .

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معينة من الوجهتين المنطقية والعملية ، فنطق البطلان بفضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على انعقد الباطل . وإذا كان الرومان يثبتون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكليته . فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشئ ، حتى استرداده ، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم ، بل كان عن طريق إعطاء المتعقد دعوى خاصة ( *condictio ob turpem causam* ) ، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصح جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث ، ولم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملزم له . والوجه العملى للمسألة ، كوجه المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال . فإدام الغرض بحاربة العقود غير المشروعة ، فلم يكن ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر - كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الآخر - أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا

== ما دونه عقاباً له على ما فرط منه من أنه عكس العائد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليه أو خروجه على الآداب العامة . ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا ترتب على العقد دى الدب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، وبكى المسترد عقاباً ما يناله من تعجير يترتب على إغاعة محتويات العقد وما كان يدره فى المعامى عالمياً للقانون والآداب .

(١) وأخذت بها عسى التقنيات الأقدم عبداً : القانون النساوى (م ١١٧٤) والقانون الإنسانى (م ١٣٠٥ - ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ - ٦٩٢) - ويقضى بأن المال الذى لا يمتد يكون ماسكاً للحرية تصرفه فى أغراض جبرية) .

غائلة القانون !!

لذلك أحسن القانون الجديد صنفاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه . وقد حذف في المشروع النهائى كما قدمنا ، لأنه نص لا يتمشى مع منطق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر : فإن القواعد العامة تكفى في معالجتها ، كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال أعطاه إياها . وهو يريد الآن استرداد هذا المال . في مثل هذه الحالة لا نتردد في إنكار الاسترداد عليه . وتستبقى المرأة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً . ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع (١).

### ٣٣٩ - مائة نفس الأهلية : وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص

أهلية أحد المتعاقدين . وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التى قدمناها . أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الجديد في دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه «إذا لم تنوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أقرى به» . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير المستحق .

### ٢٤ - بالنسبة إلى الغير

### ٣٤٠ - تأثر من الغير بالبطور : ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة

فما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير . فإذا رتب المشترى على العين التى

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التى يجب اتباعها في صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعى ، شأن سائر القوانين المفسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التى أبرم منها في ظل القانون القديم . أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذى أقر به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد ، ويسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أقر مخالفاً لما حثت عليه السكينة من الأحكام

اشترأها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً ، ثم تقرر بطلان البيع . فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري . كذلك لو باع المشتري العين من آخر . فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني .

### ٣٤١- وجوب تسجيل دعوى البطلان: على أن البائع في المثل المتقدم ،

حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوذاً أو صحة أو نقاداً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر سجل تلك الدعاوى» . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سىء النية أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سىء النية . ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر - وليس هنا مجال التفصيل في ذلك - فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» .

## الفصل الثاني

### آثار العقد

٣٤٢ - نسيئة آثار العقد من حيث الاستصحاب ومنه حيث

الموضوع : اذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة . ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزم به .

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولاً) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع .

ونبحث كلاماً من هذين الأمرين .

### الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ - المتعاقدان والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا

المتعاقدين . ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فتحنـ  
نبحث : (أولاً) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

### المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ - الخلف العام والخلف الخاص : إذا قلنا إن العقد لا يتناول

أثره إلا المتعاقدين ، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين .

فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب . بل المقصود هما ومن يمثلانه في التعاقد . فالمتعاقدا إذا تعاقدتا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام . وقد ينصرف إلى الخلف الخاص (١) .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في دمه المالية من حقوق والتزامات . أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها . ويخلف الخاص (ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها . كالشترى يخلف البائع في المبيع ، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصى . والمتنفع يخلف المالك في حق الانتفاع . والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فينصرف إليه أثره على التفصيل الذي نذكره فيما يلي .

## المطلب الأول

### الخلف العام

٣٤٥ - النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على

ما يأتي :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سيذكره في الجزء الثاني عند الكلام فيما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن المشروع التهديد نصاً هو المادة ٢٠٢ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتي : « ينتج للعقد على دائني المتعاقدين إلا إذا انطوى على غش أو كان عقداً صورياً . لحذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه المذكورة بالتفصيل في صومر تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٧٥ في الماش) . وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتي الكلام في الدعوى الثلاث المرفوعة : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٦٨ - من ٢٦٩) .

وانصراف أثر العقد إلى الدائن لا يعني أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التي يرميها مدعيته في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .



نص القانون أن هذا الأثر لا يصرف إلى الخلف العام . (١) .

### ٣٤٦ - انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : ويتبين من النص المتقدم

أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشأ العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أ . الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية - وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث - مبدأ خاصاً يقضي بالأثر تركه إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبرر الالتزام في التركة . دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى ينقضي . ومنى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عني القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥-٩١٤) تنظم سداد ديون التركة . وتكفل حقوق دائئتها ، وتحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث .

ويترب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد . فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له ، عليه (٢) ، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد التصوري .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً) ، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظي تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١ - من ٢٧٣) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة . ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين . صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما هي الحال في حق الانتفاع . وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق والالتزامات . أما الحقوق فيكون انتقالها كاملاً . بيد أن حكم الالتزامات يقتضي تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يقدم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

(٢) وسنرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون المقدم حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ .

### ٣٤٧ - متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاء خلفاً :

على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥ . وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاء خلفاً ، وهي ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أراد أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد . فلا ينتقل إلى الوارث من بعده . صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب . فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته . فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خالفه العام . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته ، لأن حق الانتفاع تقتضي طبيعته القانونية بأن ينقضي بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طوال الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقتضي استلهاه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولو حظت فيه شخصية الملتزم أوصفت خاصة به ، تنقضي بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقتضي بئلاً ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما تقتضيه المادة ٥٢٨ من أن

(١) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما يفتى مر أسقط الثمن عند موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا في حدود الوصية .

الشركة تنقضي بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن  
للإيجار حصص بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفة أو لاعتبارات  
أخرى تتعلق بشخصه . وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضي  
بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضي بموت الموكل  
أو الوكيل .

### ٣٤٨- متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتبار من الغير :

وهذا فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون  
يعطى للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد  
بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به . ولذلك يعتبر الوارث في  
هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات . فالقانون يبيع للمورث  
التصرف في جميع أمواله حال حياته ، معاوضة أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا  
التصرف بالورثة . وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف في  
ماله لما بعد الموت بطريق الوصية : وهو تصرف لا يكلفه شيئاً في حياته ،  
فينتحمك بذلك في حظوظ وورثته تحكماً يأباه النظام العام ، فإن القانون -  
والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه  
المسألة - يتقدم لحماية الوارث : ويقيد من تصرفات المورث ، فلا يبيع له  
أن يتصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف  
صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد) (١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا وهو في مرض موته لوارث  
أو لغير وارث ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى في  
حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع  
حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ . فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى  
عهد كان المورث فيه غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولهم  
أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن

(١) وهذا بخلاف " أن فإن القانون يحبه أكثر مما يحسن الوارث ، فلا يبيع للتبرع  
أن يتصرف في ماله ولو وصية إذا قصد الإضرار بالدائن . وفرد ما بينهما أن الوارث يتلقى  
المال من غير عوض ، أما الدائن يتلقاه بعوض .

العقد قد صدر في مرض الموت . وقد نص القانون الجديد على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول : «وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا ينتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً» (١).

## المطلب الثاني

### الخلف الخاص (\*)

٣٤٩- النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٦ من القانون

الجديد على ما يأتي :

«إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتعلق بشيء انتقل بعد ذلك إلى

(١) وقد قضت محكمة الدس بأنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في مدد حجة التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة حلول هذا التصرف من محل طعن ، فإذا كان التصرف يمس حق وارث في الشركة عن طريق الفس والتدليس والتجمل على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتبر من الأغيار ، ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحة طعنه بكتابة الطرق (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ من ١٥٠). ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت ، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ الدقي للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أصبحوا من الغير ، ولا يكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ النات للتصرف — وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف في مرض الموت لا أن يكون بحجر ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت ، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بانه على أنه من الأغيار ، ولا عبرة في هذه الحالة بالتاريخ العرفي الذي يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٨٨ مدني (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت . وظاهر أن هذا تريض ينجح للوارث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبي عن التصرف بحيث إذا لم يقيم يابانه كان التاريخ العرفي المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ الحاماة ٣١ رقم ١٣٣ من ٣٥٧ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة مصر السككية الرمنية في ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٧٨ من ٧٤٠ — استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٩٠ م ٢٠٩٠٩) .

(٢) أنظر في هذا الموضوع مقالاً للأستاذ لبارنييه (Lepargneux) في مجلة القانون المدني النصلية سنة ١٩٣٤ من ٤٨١ — من ٥٨٣ — وفي الآخر للأستاذ حامد فهمي (باشا) في حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خلس في مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع من ٤٤ — من ٦٥ .

خلف خاص . فإن هذه الالتزامات والحقوقي تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه (١) .

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد . فإنه — كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا «تأصيلاً لتطبيقات القضاة المصريين والفرنسي في هذا الشأن» .

### ٣٥٠ - وضع المأنة بالنسبة إلى الخلف الخاص : انصراف

أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . ويحسن بادىء الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص . فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء . والشيء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشتري خلف خاص للبائع فى الشيء المبيع ، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به . وهذا استخلاف فى حق شخصى . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه . وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء . أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استبقاءه فى المشروع التمهيدى تحت رقم المادة ١٥٠ — ووافق عليه مجلس النواب — وفى لجنة القانون الذى لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «إذا أنشأ القعد حقوقاً والزامات» عبارة «إذا أنشأ القعد التزامات وحقوقاً شخصية» لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها القعد . وحذف من النص الأخير من النص عبارة «أو يستطيع أن يعلم به» حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به بدقة الوضع . وأصبح رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلها لجنة (مجموعة الأعمال التفضيلية ٢ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٨) .

فلا يكون خلفاً خاصاً له . بل يكون دائئاً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائئ له (١) . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي . إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري كما في المقيلة ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية (٢) .

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه . كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها . فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري ؟ بديهي أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشتري فلن أثره لا ينصرف إلى المشتري إذ يعتبر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشتري ، فهنا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى المبيع والعقد في شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه . أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين ،

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بمرق الدعوى غير المناهضة ، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليصة ، كما إذا باع المؤجر العين متوأمناً مع المشتري حتى يتخلص من حق المستأجر بفرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ .

(٢) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادى ، كمقد أو وصية ، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دى هنس ١ في الخلف فقرة ٢٢ — الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٠١ — قرر لايبورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها) . والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادى ، فهو وحده الذى ينتمى مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهى الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى .

فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر فرض عقد البائع حتى لو كان هذا الفرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل في الضمان العام للمقرض ، وليس للمقرض في هذه الحالة إلا الطعن في البيع بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١) .

ونأتي بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التي نحن بصدد حلها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه . فهل ينتقل للمشتري حق البائع في التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشتري أن يكون البناء على نحو معين . ثم باع المشتري الأرض لمشتري ثان . فهل ينتقل إلى المشتري الثاني التزام المشتري الأول بالبناء على نحو معين ؟

### ٣٥١- متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : وقد وضع القانون

الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء . إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه . وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلاً لما جرى عليه القضاء في مصر وفي فرنسا قبل صدور القانون الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له . كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع النهائي في هذا الصدد ما يأتي : « الخلف الخاص هو من ينسب من ينقله حقاً عينياً على شيء معين . كالمشتري والوهاب له والمتفع ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يربط هذا العقد من حقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولاً أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف للشيء الشيء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا ينعدي أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء . لا يمكن ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا كان الحكم به - من بعد ذلك (أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ٢٨١) .

المكحلة للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من نواحي هذا الشيء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضاً معه . لأن السلف لا يستطيع أن ينتقل إلى الخلف أكثر مما يملك . ومن ثم كانت الحقوق المكحلة للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستلزمات هذا الشيء . تنتقل معه إلى الخلف الخاص . ونظر الآن في تطبيقات عملية لهذه المعيارين الفرعيين .

### ٣٥٢- الحقوق المكحلة للشيء: الحق ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ،

يجب أن يكون مكحلاً للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

(١) الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء . فإذا كان السلف قد ترتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين ، فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق (١) .

(٢) الحق الذي يكون تأمناً للشيء ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً . لأن التأمين يعد مكحلاً للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول الدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناؤه من كفالة أو رهن أو غير ذلك (٢) .

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء ، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكحلاً لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق . ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، خلافاً لما ورد في الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون الذي لجس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكالات التأمينات دعاوى الدفع فهي من شأنها تأكيد الحق ، فالحال له بالتأمين ينتقل إليه الحق الناتج في السج إذا لم يسبب الثمن من المشتري ، بخلاف دعاوى البطلان فهي لا تنتقل إذ هي نتائج مع الحق لا تؤكد . كذلك ينتقل الحق في الحصول على سند تعيذي بالدين المحال به (محكمة استئناف أسبوط و ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المجامع ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨) .



مع المنزل المشتري (١). وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أفساط التأمين (٢). ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، فالبايع لشيء يتقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في الضمان (٣). ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو في تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة ، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكملات للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملًا للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تأوى إليه السيارة (جراج) ، فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري .

(٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أولاً ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتناول بفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يقضي بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقبول معينة (بلايول وريير وإسمان ١. فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش رقم ٤) . أما القضاء المصري فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه إلى الخلف (عكمة مصر الوطنية مستجل في ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ - استئناف مختلط في ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٣ : ص ٣٥) . ولكن المذكرة الإيضاحية لمشروع التقييد تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول : ... أن تكون المخوف والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء ، وينتقل ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملات له كعقود التأمين مثلاً ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٥) . أنظر أيضاً في هذا المعنى دوتراً خاصاً صدر في سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(٢) بلايول وريير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ .

(٣) وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب أو بأي ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويترب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع للبائع .

عليها مستثنى متفقاً ، وتعاقداً مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستثنى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستثنى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستثنى لا بالأرض التي يبعث . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبني المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

### ٣٥٣ - الالتزامات المحددة للشيء . والالتزام ، حتى ينتقل من

السلف إلى الخلف . يجب أن يكون محدداً للشيء (١) . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :  
(١) الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين ، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالإتزام المؤجر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشتري إلا منصوص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف (٢) .

(١) وبما عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان القانون اندى القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضي بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، ومن ثم كانت هناك مشقة في تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف ، فلجأ الفقه إلى قاعدة الاستنطاق لصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لصلحة الدائر ( نظرية العقد المؤلف من ٧٤١ هامش رقم ١ - فاردنكتور حلمي بهجت بدوى بك من ٢٠٧ وما بعدها ) ، أما في القوانين الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصور بعد أن اعترف هذا القانون بعبارة الدين ونظمها في نصوصه . بل إن نص المادة ١٤٦ من القانون الجديد أصبح الآن يكفي وحده سنداً لانصراف أثر العقد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تمت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزم صاحب المتجر نحو مستغديه لا ينتقل إلى المشتري للمتجر ، فلا يجوز المشتري على احكام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك . ويبقى البائع وحده مسؤولاً نحوهم . كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشتري — هذا ويلاحظ أن المتجر في ذاته مجموع من المال . ولو اعتبرنا أن المشتري يخلف البائع في هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً ، لانقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشتري ، وقد يدخل في ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين إذا اعتبرناها داخلة في هذا المجموع من المال . ولكننا نعتبر مشتري المتجر خلفاً خاصاً لآلته . لأن المتجر وإن كان في ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون شيئاً معيناً وليس بجزء شائع في هذا المجموع .

(٢) الالتزام الذى يفيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حدهميين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاعات عينية ، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاعات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(٣) التزام السلف الذى يفل يده عن استعمال بعض حقوق المالك . كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة (١) .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذى انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . فالزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه . والزام بائع السيارة نحو صاحب الجراج لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق (٢) . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذى

(١) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة ، ثم باع الحق الذى اشتراه إلى مشتري ثان ، فإن الالتزام الذى ترتب فى ذمته لا ينتقل إلى المشتري الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٣٣٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٢٧) .  
ويقع أن تباع الحكومة أرضاً ، وتضطر على المشتري أنها . إذا زرعت ملكيتها للمصلحة العامة فى خلال مدة معينة فلا يلتزم إلا برد الثمن فقط . فإذا باع المشتري الأرض لشتر تاد التزم المشتري الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري الأول .  
(٢) ويمكن القول بوجه عام أنه إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

انتقل إلى الخلف من الضرر . سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته (١) .

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ما وُهب لبائعه : على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته : قضاء شيء من ذلك .

### ٣٥٤ - ومبوء علم الخلف بالالتزامات والحقوق متى تنتقل إليه : وغنى

عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه .

وبشروط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من المشروع اتهميدى والمشروع الهانى للقانون الجديد يكتفى باستطاعة العلم : ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به (٢) .

وبغنى عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التى يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

## المبحث الثانى

### أثر العقد بالنسبة إلى الغير

### ٣٥٥ - الخلف قد يكره من الغير : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف

الخاص ينصرف إليه أثر العقد ، إلا فى أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

(١) استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ - ولا ينتقل للـ

المشترى الالتزام الذى نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع البين للمشترى .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية التى سبقت الإشارة إليها آخراً فقرة ٣٤٩ ( مجموعة الأعمال

التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ ) .

فالحلف العام يكون من الغير . كما رأينا . إذ أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت . فلا يسرى التصرف في حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والحلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر العقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له .

ونتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر العقد ، إلا أن الخلف . عاما كان أو خاصا ، يصبح في أحوال معينة من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية .

٣٥٦- الغير الأجنبي أصلا عن العقد : أما الغير . الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد ( penitus extranei ) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصلح الذي يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى في حق بقية الورثة . والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشبوع لا يقيد بقية الشركاء إلا في حدود الفضالة . ويبيع ملك الغير لا يسرى في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضي بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضي بأن يكون للغير دعوى مباشرة ( action directe ) هي دعوى أحد المتعاقدين على الآخر في عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص في القانون . من هذا ما تقضي به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن يندره المؤجر . فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هي دعوى المستأجر الأصلي في عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً في هذا العقد . وكذلك يكون للمقاولين

من الباطن وللمال الذين يشتغنون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢) . وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨) . وسنعرض تفصيلاً للدعوى المباشرة عند الكلام في الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه . كالتصرف الذي يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه ، وكالإيجار الذي يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال .

ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرد المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها . أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أرادته المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد ، إذ تقول : « لا يرب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٨ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدق لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠١ — ص ٣٠٤ ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في هذا الصدد ما يأتي : « الأصل في العقود أن تنصرف آثارها على عاقدتها . فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الآن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف حقها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لصلحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذي يرد على القاعدة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٢ ) .

وينال هذا النص في القانون الجديد النصوص الآتية في القانون القديم :

« م ٢٠٢/١٤١ : لا ترتب على المشاركات منفعة لغير عاقدتها ... »

« م ٢٠٣/١٤٢ : لا ترتب على المشاركات ضرر لغير عاقدتها ... »

فالتعهد عن الغير لا يصرف أثره إلى الغير ، ولا يرنب في دمنه التزاماً .  
والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير . ويكسبه حقاً .  
ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير .  
(٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

## المطلب الأول

### التعهد عن الغير (\*)

( Promesse de porte—fort)

٣٥٧ — **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده .  
فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد (١) .

(\*) بعض المراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بلوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتييه (Savatier) في (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ وص ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف مرقه ٧٧٠ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٦٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو سبت بك فقرة ٣١١ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :  
١ — إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده . ولكن يلتزم نفسه . ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به ، إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالذاتين — ٢ — أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد . وفي غنة المراجعة أدخلت تعديلات لفضية على النص وأصبح رقه =

ولا مقابل لهذا النص في القانون القديم. إلا أن النص لا يتحدث حكماً جديداً. فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد.

**٣٥٨ - الصور العملية للتعهد عن الغير:** والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع في الحياة العملية. ويراد به في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذي الشأن نسب، فليترجم عند غيره. مثل ذلك شركاء في الشئوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة الحسية، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يفتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويغنون توفى الإجراءات المعقدة للقسمه القضائية. في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل.

**٣٥٩ - مميزات التعهد عن الغير وتمييزه عما بهاء به:** ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

(أولاً) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي. فالوكيل يعمل باسم الأصيل، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه. والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته. فيلزمه عمله. أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه، وينصرف إليه هو أثر العقد.

= ١٥٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ استبدلت كلمة «تعهد» ومشتقاتها بكلمة «وعد» ومشتقاتها، لأن التعهد يؤدي معنى الالتزام وهذا ما لا يفيد الوعد، وحذفت عبارة «إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن» من الفقرة الأولى، وأدخلت تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٥٣. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٥ - ٣٠٩).



(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده . فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقده المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سترى . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشتراط لمصلحة الغير . فالمشتراط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشتراط . وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة (١) .

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه من القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد . فالمتعهد إذن يلتزم ذاتاً بعمل شيء (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التعهد . فإنه يلتزم بهذا التعهد . وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل . أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر ، أو نقل حق عيني كما إذا تعاقد الشركاء في الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع . والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (obligation de resultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفي أننا ببذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد . بل يجب أن يصل فعلاً إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد . ولكن إذا قبل الغير التعهد . وقف التزام المتعهد عند هذا . فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل . فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التعهد عن الغير) . فالأول يحول الغير حقاً مباشراً ، على قبض الثابت فهو لا يلزم الغير بقاته . فالوعد يلتزم شخصاً ، ويكون من واجبه أن يعرض من تعاقده معه عيناً أو ثبناً إذا رفض الغير أن يتعاقده . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ - ٢٧٠)

ولا يكفل إيجاده . أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه (١) .

٣٦٠- للغير أنه يقبل التعهد أو يرفضه : والغير حر في قبول التعهد أو رفضه . ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا . فهو أجنبي عن العقد أصلاً ( penitus extranei ) . فلا ينصرف إليه أثره . وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر .

ويبقى أن نستعرض الحالتين : (١) قبول الغير للتعهد . (٢) ورفضه أيّاه .

### ١٥ - قبول الغير للتعهد

٣٦١- كيف يكون القبول : يكون القبول صريحاً أو ضمناً . ومثل القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانوني ، فتشترط فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك . كما في الرهن الرسمي والهبة .

٣٦٢- أثر القبول : يعتبر التعهد - وهو عقدين المتعهد والمتعاقد معه - بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب . وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه . ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد . ومن حيث الالتزامات

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا السدد ما يأتي : « فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، وسببه زعيماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير . وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالتوفاء بالالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذي بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس يكفي عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره . وهذا ما يفرق الواعد بالتزام الغير عن الكفالة » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسري (م ١١١) بأن التعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير فحسب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن الغير في القانون السويسري يتضمن الكفالة .

التي تنشأ . ومن حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما

أما من حيث أطراف التعاقد . فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك في العقدين . هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف . وهو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني .

وأما من حيث الالتزامات . فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شيء في ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد . والعقد الثاني ينشئ التزاماً في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل . وقد مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد . كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء في الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم . وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي . يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي . فإن هذا الأثر ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (أ) أن (ب) يبيع منقولاً يملكه إلى (ج) . ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد الصادر من (أ) . فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إلى (د) . والمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضرم هذا بالمشتري (د) إذ يتأخر عن المشتري (ج) . لذلك لا يكون لقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (ج) . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فالفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل (١) .

(١) وقد كان الفقه في القانون القديم يميل إلى أن يجعل لقبول أثر رجعي (أنظر نظرية العقد للنوالة ص ٨٧٠ - ص ٨٧١ ونوع خاص الماشيتين ٢٥١ في ص ٨٧١) - هنا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي: «ويتخلل الواعد =

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب في ذمته التزاماً على النحو الذي بيناه ، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قدمنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه . بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . والالتزام الغير بالعقد الثاني يقضى الالتزام المتعهد بالعقد الأول . إذ أن التعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

## ٢٤ - رفض الغير للتعهد

٣٦٣ - **عدم مسؤولية الغير** : قدمنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب في جانبه أى التزام (١) .

٣٦٤ - **مسؤولية المنعهم** : ولكن المتعهد يتحمل مسؤولاً عن العقد الذي تم بينه وبين المتعاقد معه (٢) . وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً (٣) . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسئولاً . وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . ويتأثر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

== من التزامه بمجرد إقرار الغير لبرعه . والواقع أن التزام الواعد يقضى في هذه الصورة من طريق الوفاء . ويرتب على الإقرار أن يصبح الغير مدينأ مباشرة للعاقد الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم ببداهة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم ينين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا المقعد الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

(١) استئناف مخطوط في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٣) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة القاهرة) أن يكون الغير قد أصبح في حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلاً بشخصه لا يستطيع ورثته أن يقوم به .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله . ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير . فالإلزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن إلزام بدلى . إذ التزامه الأصلى هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يرى ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (م ٢٧٨) (١) .

## المطلب الثانى

### الاشتراط لمصلحة الغير (\*)

( Stipulation pour autrui )

٣٦٥ - **المعصوم القانونية** : نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد ، فلا ترتب على امتناعه هذا أية مسئولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض العاقد الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالذات . ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عيني أو بعمل شئ أو بالامتناع عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٠٦) .

هذا وقد كان الفقه المصرى فى القانون القديم متردداً فى أن يجوز للغير أن يعدل عن التعويض إلى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية المقد للمؤلف من ٨٧٣ هامش رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف ، وقضى بجواز ذلك .

(\*) **بعض المراجع** : رسالة الأستاذ لاميير باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة الأستاذ شامبير (Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة لبرى (Lo Bray) باريس سنة ١٨٩٩ - سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٥٨ - رسالة الدكتور حامد المحمى فى الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٢٥ - مقال للأستاذ لاييه (Lahibé) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ من ٣١٤ - مقال للأستاذ بنشون (Pinchon) فى المجلة الانتقادية (Revue critique) فى المجلد التاسع والعشرين من ٦١٢ - مقال للأستاذ بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ من ٥ .

الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية . مادية كانت أو أدبية .

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط . يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع . إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك (١) .

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن في ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

« ٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط . إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالاستنفاع من المشاركة (٢) .

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه الاختلاف عما هو إلا في بعض تعديلاته لفظية . وقد أقرته لجنة المراجعة ، مع تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بعد لفظ « المتعهد » في الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التي قامت حول كلمة « المتعهد » وجواز انصرافها إلى كل من الماعدين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٩ - ص ٣١٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ قيل في نص عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » إن نص الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشرط والمنتفع تقوم مثلاً على هيئة من الأول للثاني ، ونكون هيئة لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

« يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة (١) ».

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٣٧/١٩٨ ويجرى بما يأتي :

« من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها (٢) ».

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب ونعوض ، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح ، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير . ولم يفعل إلا أن قنن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه في ظل القانون القديم (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره » . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « ما دام » ، تحت رقم المادة ١٦٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو جهة مستقبلية » بعد عبارة « شخصاً مستقبلاً » لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة نشأت فيما بعد ، وعُدل النص تعديلاً لفظياً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ - ٣١٩) .

(٢) أنظر في انقضاء التوضي والاضطراب في هذا النص ، وفي الحيرة بين أن يكون نصاً في الفضالة أو في التمهيد عن الغير أو في الاشتراط لمصلحة الغير نظرية النقد للوالب فقرة ٧٧٨ .

(٣) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عندما تقول في هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات مخصوصة » . ولهذا الغلة استبدل المشروع بالمادة القائمة الوحيدة التي تضمنها الفقيهين الحالي نصوماً جلية مفصلة حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجب أن يكون للمتروط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ الالتزام الشرط لمصلحة الغير . وأباح له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر ، بل وأباح له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمغفرة المشاركة مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها . وبالتالي فإن مقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره عقد ذاته ، وفي هذه الناحية تجعل المذكرة الأساسية في فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . ويجوز للمتضم أو المتروط أن يطالب بقضاء هذا الحق ، لأن لكل منهما مصلحة في ذلك . وأخيراً نص على =

### ٣٦٦ - وضع المسألة: ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان

الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا في التعهد عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشرط والمتعهد . يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثاني ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : في كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

لو كان الأمر هو ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء ، ولكنا عاجلنا الاشتراط مع التعهد في مكان واحد لوحدة الأساس القانوني . ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في التعهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير : بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد : تم بين المشرط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف ثار المشرع المصرى ، في القانونين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشئ العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى في هذا الطريق . ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقهاء تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره القانون المصرى الجديد في صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه في النصوص التى نقلناها عن هذا القانون . فنحن نبحث : (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية . (ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

= جواز الاشتراط لمصلحة شخص - قبل أو شخص غير معين وقت العقد ، ويترتب ذلك قسارى ما وصل إليه تطور هذا النظام (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩) .



## ١٥ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية

### ٣٦٧- القانون الروماني: بدأ القانون الروماني في عهده الأولي أميناً

على القاعدة التي تقتضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد . فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصي ، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير . ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت في القانون الروماني . وبعين هذا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

فإن القيود التي ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية . فالمدين الذي يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشتري دفع الثمن لدائته سداداً للدين ، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة مادية . والابن الذي يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً . لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة أدبية . وكلتا المصلحتين ، المادية والأدبية . جذيرة برعاية القانون . فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشتري لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد ، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع . ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض ، فأعطى المشتري دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائي . ويمكن لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية . ولكن لم يكن للمتنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد . يستطيع أن يطالب به المتعهد .

واستمر القانون الروماني في تطوره . فأعطى للمتنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد . ولكن في صورة دفع (exceptio) . ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio) ، ولكن في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية . وهذه الحالات هي : (١) الحبة إذا اشترط فيها الواهب

على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشترط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشترط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطى مهرأً للمتفع ، وعقدا الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردا العين للمتفع . وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ - القانون الفرنسي القديم : وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني . وأضاف إليها استثناء جديداً . كان الرومان لا يعطون فيه للمتفع إلا دفعاً فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هي حالة اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ - قانون نابليون : واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية ، إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون . هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد ، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن العقد هو المتفع . وهذه هي الحبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . (٢) إذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه . ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهده لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم . فإن هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسي فقد وسع من جهة . وضيق من جهة أخرى . وسع في أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيق في أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط للغير حقاً إلا إذا كان مقروناً باشرطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ - القضاء والفقه : على أن تطور القاعدة بقي مستمراً يواجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر

في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة ( stipulation ) الواردة في المادة ١١٢١ . لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق . بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان المتعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته . فيكفي أن «يتعاقد» المشتري لنفسه . ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . والمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشروطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا . فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه ، فيكفي أن يلتزم بشيء عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفي عقد التأمين الذي يبرمه رب العمل لمصلحة عماله . نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً . ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون للمتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد ، والمشتري قد تعاقد على منفعة تؤدي للغير . فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية . وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين — وهو أن يكون للمشتري دور شخصي في التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته — لم يلبث أن اختفى هو أيضاً (١) . وأصبح يكفي أن يكون للمشتري مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المتفع ، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل في خدمته . فالمتفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين : ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره (٢) . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيولد منهم (enfants nés et à naître) . بل قد لا يكون له أولاد

(١) و(٢) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠٢ .

ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل . فالمتنفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين . ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التي لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد ، وتكتفى بوجوده وقت تنفيذ العقد (١) .

### ٣٧١- القانون المصري القديم والحديث : هذا هو التطور الذي وصلت

إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه القانون القديم في عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها ، وما عبر عنه القانون الجديد في عبارات صريحة واضحة ، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستبق من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير . وهو وجود مصلحة شخصية للمشترط ، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشترط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أوردناها . فيكون القانون المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

(١) أنظر في هذه المسألة نظرية المقعد المؤلف فقرة ٨٠١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فلم يكن من المين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها . فالقنن الفرنسي ذاته ، وأغلب القننات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جيماً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالتين . ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل ، وبسط نفاذه على سائر الحالات ، إلا في خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذبوع . وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً ، وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنفع شخصاً متقبلاً أو شخصاً لم يمين وقت التعاقد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن بولد من ذرية المؤمن . وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ - ص ٣١٧) .

## ٣٧٢- التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير : والقاعدة .

في آخر تطور لها على النحو الذي بيناه . لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتي :

### ١- التطبيقات التقليدية: ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط

الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن (١) ، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشتري وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار (٢) . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حالة اشترط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشتري ، فكسب المشتري حقاً من هذا العقد الذي لم يكن طرفاً فيه (٣) . كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨٤٠ من ١٨٤٠ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١٧ من ١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين في أطيان بأن يدفع بعض المتعق عليه من فرق البديل في نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشروع ، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح فيه للتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه ، بل له فقط أن يطالب المتعهد بتنفيذ تعهده (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ من ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع وقبل الاشتراط لمصلحته (٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧٣ من ٣٦٣) . ونرى أنه ليس من الضروري تدخل الدائن في عقد البيع ذاته ، وبكفي أن يصدر منه قبول ولو مستقلاً عن البيع ، وبهذا تقضى القواعد المقررة في قبول المتعق . ولكن إذا رفسا . أن قبول الاشتراط ، زال حقه الشخصي قبل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة و ما المعنى بأنه إذا قبل المشتري أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع ، فإن هذا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشتري ، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التي كان بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشتري لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا يترفع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ١١٤) .

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٥٥ - ويلاحظ أنه كان من المقرر في القانون القديم أن الشفع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار الشروع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا المظهر عن طريق تصور الشفع متعمداً =

باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين . فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيمهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد : كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين (١) .

## ٢- عقود التأمين : عقد التأمين على الحياة هو خير مثال للاشتراط

لمصلحة الغير . والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إدامات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفي الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة دائنه . حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه (٢) . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل . فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر (٣) . ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج

= بالاستناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة في اشتراط لمصلحة المشتري . أما في القانون الجديد فيجوز أن ينزل الشفع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ جديد) .  
(١) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية المدد للمؤلف فقرة ٧٩٥ .

(٢) فارن استئناف مختلط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .

(٣) أما إذا آمن رب العمل على مسؤوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، وبوجه عام إذا آمن شخص على مسؤوليته عن الحوادث ، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك ، فإن المؤمن له لا يكون مشروطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائناً في هذه المسؤولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يترتب في هذه الحالة لمزاومة دائني المؤمن له (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى المدد العاشر ص ١٠ - وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسؤول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد) .

العمال مجاناً . في هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الضيـب إذا أهمل علاجهم أرفض ذلك (١) . وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير (٢) . وقد يؤمن المدين الرهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشيء منزلاً يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الفرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض في حالة تحقق الخطر لأي شخص يكون مالكاً في ذلك الوقت للشيء المؤمن عليه .

### ٣- عقود الامتياز والتزام المرافق العامة : إذا حصلت شركة على

احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة ، كالاحتكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك . فإن مانع الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المتفعين من الجمهور . فبشترط مثلاً خدماً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزة . في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضي المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته (٣) . وقد أكد هذا المبدأ القانون المدني الجديد في النصوص التي أفردتها لعقد التزام المرافق العامة ، فنص في المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل وبقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و ٦٧١) .

(١) والتون ٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٩٤ م ٧ ص ٤٦ - وفي ٢٥ يناير سنة

١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ - - قارن استئناف مختلط في ١٣ مايو سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ٤١٢ .

٤- **عقود المقاولة** : وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال . لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوي عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك في دفتر الشروط ( cahier des charges ) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه . وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمده من عقد المقاولة التي لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير (١) .

## § ٢- شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣- متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشرط (stipulant) . والمتعهد (promettant) ، والمتنفع (bénéficiaire) . ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يتعاقد المشرط باسمه لا باسم المتنفع . دون أن يدخل المتنفع طرفاً في العقد . (٢) أن يشترط المشرط على المتعهد حقاً مباشراً للمتنفع .

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الأكتابات العامة ، فإذا فتحت جريدة أو مجلة أكتتاباً لعمل خيري أو عمل عام ، أمكن القول إن للكتيب تعاقداً مع من يخرى الأكتتاب مشروطاً لمصلحة الغير (والنون ٢ من ٥٨ - ٥٩) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (الحاماة ١٨ رقم ٢٦٥ من ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال لعن الورثة أثبت يهيم بإياها ، بل أراد إما التعايل على نظام صناديق التوفير الذي لا يجبر لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديته على خمسمائة جنيه ، وإذ الوصية بتلك الأموال لم أودعت باسمه ، قول لا يقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع . وبمجرد بقاء الدفتر تحت يد المورث لا يكفي لإثباته ، بل الراجع الذي يؤيده العرف الجاري بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه في الحال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلي فقط على تصرف هذا الوارث . على أنه حتى إذا كان لمورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يعمل "تصرف وصية ما دام الإيداع قد حصل باسم الوارث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المتنفع دائماً إلى يوم العقد نفسه ولو كانت النفعة لا تؤول إليه فعلاً إلا بعد وفاة المشرط كما في حالة التأمين على الحياة .

وملاحظ أن الحكم في فرضه الأخير يكيف العقد بأنه ودعياً اشترط المودع فيها أن يسلم المودع عنده المال عند وفاة المودع لشخص بالذات وذهب المودع هذا المال حال حياته .



(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كنت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية» .

٣٧٤- **المشترط يتعاقد باسمه باسم المنتفع** : وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة . اتفاقية كانت أو قانونية . فالتائب ، وكبلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيمياً أو فضولياً أو غير ذلك . يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع . والأصيل لا التائب هو الطرف في العقد . ورضاء التائب يغني عن رضائه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف في العقد . وقبول المنتفع للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولي اختلافاً جوهرياً . فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع . وقد كان هناك رأى . تبين الآن فساد ، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المنتفع ، وقبول المنتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولي فيقلب هذا وكبلا . وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع . أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين تنبئ عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتي :

١ - لما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضي بذلك كما سنرى عند الكلام في الفضالة .

٢ - يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ،

لأنه قد اُخذ باسمه أما العسولي فهو ، على التقيض من ذلك ، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية في إدارته لشؤون رب العمل .

٣ - التضولي ، وهو يعمل لحساب رب العمل ، يلتزم بالمضي فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط ، وهو يعمل لحسابه ، لا يلتزم بالمضي في عمله ، بل هو ، على التقيض من ذلك . يجوز له الرجوع في الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع .

### ٣٧٥ - المشترط بشرط عفا مباشر للمنتفع : فإذا كان الحق الذي

اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه . ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئولته عما ينجم من الضرر للغير . فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا لمصاب . وإن كان التعويض الذي يأخذه من شركة التأمين يعود الفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفي منه حقه وإن زاحمه في ذلك سائر دائي المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين . فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه .

ولا يكفي إعطاء حق للمنتفع . بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذي تم ما بين المشترط والعهود . فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذي نشأ من العقد لنفسه أولاً . ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر : لم يكن في هذا اشتراط لمصلحة الغير . ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً . ثم حول الثمن إلى دائر له . كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشتري . وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . ولو أمن شخص لمصلحة نفسه . ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالمراث . ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس في كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما . ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذي يكسبه المنتفع لا ينتقله عن المشترط عن

طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد . ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد . وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذي تم بين المشتري والمتعهد .

ولا يشترط في المستفيع أنه يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون معيناً في ذلك الوقت : بل يجوز ، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها ، وكما تقرر المادة ١٥٦ التي أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة . وهذه هي ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

### ٣٧٦ - المشتروط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير: ذلك أن المشتروط

إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفى أن يكون للمشتروط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصى في العقد . وقد رأينا في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشتروط أن يشترط لمصلحة المستفيع دون أن يكون له دور شخصى في هذا الاشتراط ، لا مشروطاً لنفسه ولا متعهداً عنها . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد لابن دون أن تلزم الأم بشيء قبل الأب . ففي هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب في ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط ، وهي مصلحة أدبية ، فهي مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود فتشترط

عليها في عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور . وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل . فيتحقق في هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصي .

### ٣٥ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ - **الموقوفات المختلفة في الاشتراط لمصلحة الغير** : قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنفع . وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض . فتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنفع . (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنفع .

٣٧٨ - **عمومية المشترط بالتمتع** : هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما . ففي عقد التأمين مثلاً يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد ( شركة التأمين ) أقساط التأمين في مواعييدها . وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو شرط قد دفع له مثلاً المبلغ المتفق عليه إذا بقي حياً إلى المدة المتفق عليها . وللكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب ضخ العقد أو وقف تنفيذه .

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنفع كما قدمنا . فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبني حق المشترط في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنفع . فللمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم

المتنفع للمطالبة بذلك . وعلى دعوى قيامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشرط . بل قد تنصرف نية المشرط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتنفع . دون أن يكون للمتنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ . كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها . دون أفراد الجمهور . بالحق في مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المتنفع وحده دون المشرط هو الذي تجوز له المطالبة بتنفيذ الالتزام نحوه . كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتنفع : إلا إذا تبين من العقد أن المتنفع وحده هو الذي يجوز له ذلك » .

كذلك للمشرط . إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتنفع : أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن المشرط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المتنفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المتنفع أو لالتزامه نحو المشرط . فإن الفسخ لا يضيع على المتنفع حقه . فيرجع هذا به على المشرط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه (١) .

**٣٧٩- عمرة المشرط بالمتنفع :** قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع . وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان المشرط أراد التبرع للمتنتفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل ، لأن الهبة هنا غير مباشرة . وسرى أن للمشرط نقض الاشتراط . سواء كان تبرعاً أو معاوضة . ما دام المتنفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمتنتفع . جاز للمشرط : حتى بعد أن يقر المتنفع هذا الاشتراط : أن ينقض حق المتنفع طبقاً لقواعد الرجوع في

المبة (١) . ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشرط والمنفعة . إذا كانت لا تخضع لأحكام المبة من حيث الشكل . فهي تخضع له من حيث الموضوع . فيجب توافر أهلية التبرع في المشرط . وتعتبر المبة قد صدرت من وقت صدور العقد . فإذا صدرت من المشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المنتفع سىء النية لأنه موهوب له . ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشرط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع . بل هو مقدار ما دفعه المشرط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم . فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له . بل هو مقدار الأقساط التى دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف . واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة . فإن المقدار الذى وهبه المشرط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف (٢) .

أما إذا كان المشرط لم يرد التبرع : فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شعب آخر مستعفاً لقيمة التأمين الذى تعاند عليه مع شركة تأمين ، فهذا المشرط لمصلحة الغير المستعفاً المؤمن له على الشركة لمصلحة المستعفى لا يربح حقاً للمستعفى قبل المشرط أو ورثته من مده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشرط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستعفى على المشرط . وليس هو حوالة من المشرط للمستعفى تعبد بذاتها مدبونية المشرط له بمقابل قيمتها (قضى مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ س ٢٩٦) .

(٢) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم ، فهذه هى القيمة التى تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للمبة فى العلاقة ما بين المشرط والمنفع . فلوطن دأب المشرط بالدعوى البوليصية فى عقد التأمين الصادر من مدينة وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بمقتضى إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلف ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ س ٤٨ — أنظر أيضاً فى حق الورثة فى الرجوع بأقساط التأمين على المنفع باعتبارها وصية لا تنفذ فى حقهم (استئناف مختلف ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ س ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع فى المبة فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشرط قد قضى حق المنفع فإنه يسرد الحق فى مبلغ التأمين لا فى الأقساط وحدها .

١٠٠٠ الأول من الثاني بحسب الأحوال . فقد يكون المشرط مديناً للمنتفع . واشترط له وفاء لدينه . وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمصلحته ، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعاوضة إذا كان بفوائد . ومثل القرض الوديعة . فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشرط حافضاً لوديعة وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما . وهكذا .

### ٣٨٠ - عمدة المتعهد بالمنتفع - من مباشر مصدره عقد الاشتراط :

وعلاقة المتعهد بالمنتفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المنتفع - ولم يكن طرفاً في العقد الذي ألزم به المتعهد - يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد في هذا الصدد : «ويترب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يتفق على خلاف ذلك» . فالعقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذي ثبت للغير . وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق . وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم ما الذي يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً . وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ . وقد قضت ، نزولاً عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها . وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير . وهذا ما صرح به القانون المدني الجديد (١) .

(١) رأينا المادة ١٥٢ من هذا القانون تصرح بأن العقد لا يربط التزاماً في ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً .

ما كنا لنسهب في تقرير ذلك مع وضوحه . لولا أن انقضاء عقد عادة

== والذي يقرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذي أنشأه المتعقد هو ما سبق أن قررناه في كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في عبارات لا تخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « الذي يحول في القواعد العامة دون إرادة شخصين عن أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لاحاشا يقول دون ذلك ، لأن القواعد التي تنتهي إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . ( أصول الالتزامات ص ٣٥٥ - ٣٥٥ ) . ويبدو أن الدكتور حلمي بهجت بدوى لم ينسأ إلى الذي قلنا به ، فهو عند عرص للنظريات التقليدية في هذا الموضوع حشرنا بين قهائهما ( أنظر أصول الالتزامات فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١ ) ، ومضى بعد ذلك يقرر ما سبق لنا أن قررناه .

ونحن لم تقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حظيرة القواعد العامة ، بل نبهنا إلى أن قاعدة العهد عن الغير هي الأخرى في حاجة إلى إيمان في النظر . ولم نر ما يمنع في المنطق القانوني من أن تقوم قاعدة العهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، نلزم الغير بعقد العهد ذاته لا مطلقاً جديداً . وفسرنا قصور قاعدة العهد عن الغير في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد ، كما اقتضت في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولواقضت هذا حال المنطق القانوني دون ذلك .

وهذا ما سبق لنا أن قلناه في هذا العدد : « ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث ، بعد تدرج في التطور ، أصبح يعترف بأن المتعاقدين يستفيدان بإرادتهما أن يشترعا حقاً للغير . ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشأ التزاماً في ذمة الغير . ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهي التي اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن صرفاً فيه ، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولواقضت هذا حال المنطق القانوني دون ذلك » . ( نظرية العقد ص ٨٦٣ - ٨٦٤ ) .

ثم قلنا في الحاشية : « الواقع من الأمر أن القاعدة التي تنفي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية ، ورثناها عن القانون الروماني ، ونحن نستقيها الآن اسمها أصلاً ، وإلا فنحن نخرج عليها كما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه ... وليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام في ذمة . وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضروري في الحالتين حتى لا يكون دائماً أو مديناً بالزعم من إرادته ، ولكنه إذا قبل بغير الحق الذي كسبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمة قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والعهد عن الغير في ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً أما العهد عن الغير فيؤله التزاماً ، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولا يصح أن ينشئ في ذمة التزام من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضروري في الحالتين كما قدمنا . ففي الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المتعقد كاستمرى . كذلك في العهد عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير . فإذا =



حناً تقديراً ينسألون فيه أين مصدر الحق الذي ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون في عقد جديد تم بين المشرط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشرط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع . أو لعله يكون هو حق المشرط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسر تنفيذها بنسبة . فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشرط يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروف (théorie de l'offre) . لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشرط . وليس معناه أن المشرط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire) ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية في الحالة الأولى وانعدامها في الحالة الثانية . وليس معناه أن المشرط يكسب الحق لنفسه أولاً ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession) . لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشرط ولا يعتبر خلفاً له فيه . بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط . سبق أن فندنا كل هذا . ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء (١) أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) . ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط . ولكان للمتعهد وحده لا المشرط حق النقص إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

= صدر هذا القول فما الذي يمنع ، من حيث المنطق القانوني ، من اعتبار الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير ، وقد قبله التزاماً في ذمته ، متولداً من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير ؟ ( نظرية العقد من ٨٦٤ هامش رقم ١ و ٢ — أنظر أيضاً من ٨٧١ هامش رقم ٢ ) — هذا ولم يرض القانون المدني الجديد أن يسبق الزمن ، فأبقى قاعدة التعهد عن الغير عند مرحلتها الفاصلة ، وسجل قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير ، وقال في المادة ١٥٢ : « لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

(١) أنظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ س ١١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦١ — كولان وكايتان ٢ س ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط مُصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشأ حقاً للغير . ثم إذا وصلوا إلى المسكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع سواء ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة دأبها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ فقهه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط . وليس للحق مصدر غير هذا العقد (١) . ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر . لم يتلقه المنتفع من المشرط . ولكل من هاتين الخاصتين - حق مباشر . وحق مصدره عقد الاشتراط - نتائج عملية هامة ترتب عليها .

### ٣٨١- عرفة المشرط بالمنتفع (تمت) - ما يترتب من النتائج على أنه من

المنتفع من مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي ترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشرط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائي المشرط بهذا الحق بعد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشرط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلاً بديون التركة . وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة . فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم . بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائي المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حتى الأولاد داخلاً في تركة مدينهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد

(١) وإلى هذا تشير الذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى إذ تقول : « ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار منافع العقود على التعاقدين دون غيرهم . فالتعهد يديم قل الشرط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد ، وهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهذا الحق . ولهذا التصور على بساطته ووضوحه فضل » « كتب عن وجه هذا النظام وإبراز مستخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلاً عن ذلك بقل من عهد استظهار سائر وجوه التفسير والتفريع التي جهد الفقه تقاضى في التماسها وتفصيل جرياتها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٦ ) .

ديون أبيهم - وهذه هي أهم مزية للتأمين . وقد . مستقر النقد والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر (١).

(٢) كذلك لا شأن لدائني المشرط بهذا الحق حال حياته . فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشرط حتى يكون داخلاً في ضمانهم العام . وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان لدائني المشرط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة عند توافر شروطها ، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن (أ) أعطى (ب) منزلاً قيمته ألف ، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (أ) أن يطعن بالدعوى البوليصة في هذا العقد . في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (أ) إلى (ب) . وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) . فيشترط التواطؤ بين (أ) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصة . دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقل إليه من (أ) . وإذا ثبت التواطؤ بين (أ) و (ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن . وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (أ) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج) . (والتصرف

(١) هيك ٨ فقرة ٥١ - بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠٤ - بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٣٦٢ - ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة - والتون ٢ ص ٦١ - ص ٦٢ - نظرية العقد للوئلف فقرة ٨١٦ - الدكتور حليم يهجت بدوى بك فقرة ٢٤٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٢٨ - قص فرنسي في ٢٢ يوتية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ - ١ - ١٧٧ - وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ دالاور ٩٦ - ١ - ٣٩١ - وفي ٢٩ يوتية سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ - ١ - ٣٦١ - محكمة المنايا الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٠ - محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص ١٤٠ - استئناف مختلط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ - وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ - وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٢ - قارن استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢ .

الثاني) هو الصادر من (١) إلى (ج) عن طريق الاشتراط . فإذا كانت العلاقة بين (١) و(ج) هي علاقة تبرع . فإن دائن (١) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه اذبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة في حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (١) و(ج) هي علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما .

(٤) ولما كان المتنع لا يتنى حقه من المشرط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط . فيصبح دائئاً للمتعهد . فإنه يترتب على ذلك أن دائئى المتعهد . وقد أصبح المتنع واحداً منهم . يشتركون مع المتنع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المتنع بأى دفع من الدفع الواردة على عقد الاشتراط . وهم أن يطعنوا في التزام مدينهم نحو المتنع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز في القانون الجديد في عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد) (١) .

أما النتائج التي تترتب على أن حق المتنع المباشر مصدره العقد الذى تم ما بين المشرط والمتعهد فهى ما يأتى :

(١) لما كان حق المتنع مصدره عقد الاشتراط . فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (٢) . لا من وقت إعلان المتنع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المتنع . فلا يكون هذا ما نعا للمتعنع من أن يعلن عن رغبته . ويترتب على ذلك أيضاً أن المتنع إذا رفض الاشتراط . جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصية . لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

(٢) لما كان حق المتنع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع

(١) وما يترتب أيضاً من النتائج على أن التعهد أصبح مدينياً للمتنع لا للشراط أن التعهد لا يستطيع أن يتمسك بالقامعة بين حق له على المشرط والزامه نحو المتنع ( استئناف مخطوط ٩ بونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦ ) . ويترتب أيضاً على ذلك أن التعهد لا يستطيع عند رجوع المتنع عليه أن يهال بتمريد المشرط (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مخطوط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ .

أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفع الجائزة في هذا العقد . فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد» (٢).

(٣) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد ، فهذهين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما . ويرتب على ذلك أنه يجوز للمشرط أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشرط وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٣) . ويرتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين - المشرط والمتعهد - أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلاً للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك . وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة فى الاشتراط ، فلا يجوز للمشرط فى هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البذل فى نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع (٤) .

(١) أنظر فى الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة فى الوفاء نظرية العقد للمؤلف من ٩١٦ هامش رقم ١ .

(٢) وإذا كان العقد ما بين المشرط والمتعهد عقداً سورياً ، جاز فى نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورة حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر «غيراً» فى هذه الصورة حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استبدقه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورة ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورة مستمداً من العقد الصورى ذاته . وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ، ونستود إليها ببيان أوفى عند الكلام فى الصورة .

(٣) أنظر آتياً فقرة ٣٧٨ - وقد ضربنا مثلاً لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشغلة عليها شروطاً لمصلحة الجمهور ، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور ، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط ( أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣ بونية سنة ١٨٩٦ م ٨ من ٣١٢ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٨٣ - والتون ٢ من ٥٧ - م ٥٨ ) .

(٤) قس مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ من ٣٣٧ - أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٧ بونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥٦٧ .

### ٣٨٢- عمدة التمهيد بالمتنفع (تمت) - هو ان ينقصه من المتنفع : وحق

المتنفع المباشر الذي يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدني الجديد إذ نقول : يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتنفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

والذي يثبت له حق النقص هو المشتراط . إلا إذا نزل عن هذا الحق . وقد يكون حق النقص مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم . كما إذا كان حق المتنفع هبة من المشتراط لا يجوز فيها الرجوع (١) . وقد يشترط المتعهد أن المشتراط لا يستعمل حق النقص إلا بموافقة إذا كانت له مصلحة في تنفيذ الالتزام للمتنفع . وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقص بشرط أن يحل محل المتنفع المشتراط أو متفعلاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته (٢) . وحق النقص حق شخصي يرجع لاعتبارات خاصة بالمشتراط أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين . ولا ينتقل إلى الورثة . فإذا مات المشتراط دون أن ينقض الحق . فليس للورثة حق النقص ولو لم يصدر إقرار المتنفع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقصه مورسهم .

ويوجه المشتراط النقص إلى المتنفع أو إلى المتعهد . ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقص حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المتنفع (٣) . وليس للنقص شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً بصح أن يكون ضمناً (٤) .

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد ذكر هذا المثل أمثله (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥) .

(٢) استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٧١ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . أنظر أيضاً بلانول وريبير وإسبان ١ فقرة ٣٥٨ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ .

(٤) ومن قيل القس الجزئي أن يرهن المؤمن له بولاية التأمين لدائمه ، فلا يود مبلغ التأمين إلى المتنفعين إلا بعد أن يتوفى الدائن حقه استئناف مختلط في ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢ .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري ببعض الثمن تأمناً =

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يرى ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو . ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض . وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع . ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين . ويجوز للمشرط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول . وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ : « ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة . وإذا نقض المشرط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر . سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العمد دائماً ، ويعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير (١) .

وضمانا لدين آخر على البائع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه أن للمشرط الحق في نقضه ما لم يطل من حصل الشرط لمصلحته قبوله له . ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً . ولا محل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدني (التقديم) لتسكين دائن البائع من استئصال حق مدينه والرجوع على المشتري ، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هذا البائع) لا يزال باقياً في ذمة المتعهد (هذا المشتري) عند استئصال الدائن هذا الحق ، فإذا ما اقتضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصبح للدائن أن يباشره باسمه (نقض مدني في ١١ يولية سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ من ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن المشرط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصي للمشرط ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً في ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لأن أن التمس بعد باقياً في ذمة المشتري كما ذهب المحكمة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « والمشرط أن ينقض المشاركة قبل إقرار المنتفع بها إلا أن يكون ذلك منافعاً لروح الصاقد . وله عند نقض المشاركة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر بنفسه بتفويضها ، ما لم تسكن نية المتعاقدين قد اضرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط . ولما كان نقض المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشرط ذاته ، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته . وإذا رفض المنتفع المشاركة نهائياً فيكون للمشرط عين الحقوق التي تقدمت الإشارة إليها في الفرض السابق ، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطالب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستعمل عليه تنبذ التزامه قبل المنتفع ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٧) .

### ٣٨٣ - معرفة المتعذر بالمنفعة (عائنة) - وجوب إقرار المتعذر لحقه : ولا

ينقطع حق النقص إلا إذا صدر إقرار المتعذر (١). فإقرار المتعذر إذن هو تثبيت لحقه، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشتري كما بينا. ولا بد من صدور إقرار من المتعذر كي لا يثبت له حق بدون رضاه. فإذا صدر الإقرار ثبت الحق، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة.

ويستطيع المتعذر أن يصدر إقراره في أي وقت شاء ما دام المشتري لم ينقض الحق (٢). ولا يسقط حقه في إصدار الإقرار إلا بالتقادم. والذي يسقط بالتقادم هنا هو حق المتعذر الذي لم يثبت بالإقرار ولم يستعمل في خلال مدة التقادم.

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمناً. ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المتعذر الحق تبرعاً. فإن التبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ويعلم المتعذر إقراره للمتعهد أو للمشتري، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسري في حقه. والإقرار كالتقصيص تصرف قانوني ينعقد بإرادة منفردة.

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقص، كان المدين بهذا الحق

(١) وإذا صدر حق من المشتري وإقرار من المتعذر قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر، فالهبة ليست بتاريخ صدور التقصيص والإقرار، بل بتاريخ إعلانها إلى المتعهد، فمن أعلن المتعهد أولاً هو الذي يسري تصرفه، ويعتبر حق المتعذر منقوضاً إذا سبق المشتري إلى إعلان التقصيص للمتعهد، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للنقص إذا سبق المتعذر إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلايول وريبير وإسبان ١ فقرة ٢٦١).

(٢) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ١٨٤ - وفي ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ - وقضت محكمة النقض بأن المادة ١٣٧ من القانون المدني (القديم) نصت على أن من عقدت على ذاته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها، ولم يطلب القانون ممن حصل القصد على ذاته أن يظهر رغبته في قبولها في زمن معين، وكل ما اتضاه منه في حالة عدم القبول أن يعلن الرفض، أما القبول فيمكن فيه السكوت (عقن مدني في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠).

هذا ويجوز لسلك المشتري والمتعهد أن يحدد أجلاً مقولاً للمتعذر يختار فيه بين الإقرار والرفض، وإذا انقضى الأجل عد رافضاً. وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل مقولاً (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧).



هو المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمتنتفع أن يطلب فسخ العقد . لأنه ليس طرفاً فيه . والذي تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشرط كما قدمنا (١) .

وقد يرفض المتنتفع : صراحة أو ضمناً : الحق الذي اشترط لمصلحته . وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشرط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض . كالنقض والإقرار : تصرف قانوني يتعقد بإرادة منفردة . ويجوز لدائني المتنتفع الطعن فيه بالدعوى التولية إذا توافرت شروطها كما قدمنا . وغنى عن البيان أن المشرط يجوز له ، عند رفض المتنتفع ، أن يعين منتفعاً آخر محل محل المتنتفع الذي رفض : ويثبت حق هذا المتنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

## الفرع الثاني

### قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤- تسمية العقد من حيث الموضوع : العقد نسبي أيضاً في أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مشلول عن ذلك ، وهذه المسؤولية هي التي نسميها بالمسؤولية العقدية ، وهي الجزاء الذي يكفل قوة العقد الملزمة .

فنحن نبحث إذن أمرين : (أولاً) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسؤولية العقدية .

(١) وإلى هنا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي إذ تقول : « وإذا صح عزم المتنتفع على قبول الاشتراط ، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشرط بإقراره ، وراعى أن هذا الإقرار تصرف قانوني يتعقد بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المتنتفع بالإفصاح عما يعتزم في فترة معقولة . ويصبح حق المتنتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار . وهو حق مباشر مصدره العقد ، ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أنه يجوز للمتنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك . ولما كان للمشرط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ ، وهو يتناقض عن الفضولي من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى القضاء بغير ذلك . والثانية أنه يجوز للمتنتفع أن يتسكك قبل المتنتفع بالدفع التي تنصرف عن العقد ، ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣١٧ ) .

## المبحث الأول

### تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥- كيف يكون تحديد موضوع التعاقد : لا ينزله التعاقد إلا بما

ورد في العقد . وقد يرى القاضي العقد في حاجة إلى التفسير . فإذا فسر  
وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه . ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات .  
ثم وجب على الملزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد في العقد دون نقص أو زيادة .  
لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فتنح نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد .  
(٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

### المطلب الأول

#### تفسير العقد (\*)

(Interprétation du contrat )

٣٨٦- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

---

(\*) بعض المراجع : ديرييه (Dereux) في تفسير الصرافات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - جونو (Jounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ - جي (Gény) في طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ - سالي (Saleilles) في الالتزامات في القانون الأناسي - وفي إعلان الإزادة - بلانيول وريير ولسمان ١ - فقرة ٣٧٣ - فقرة ٣٧٥ - بلانيول وريير وبولانجييه ٢ - فقرة ٤٤٩ - فقرة ٤٥٩ - الدكتور الشبتي في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد رسالة تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ - حامد فهمي ( باشا ) والدكتور محمد حامد فهمي بك في القرض في المواد المدنية والتجارية - والتون ١ ص ٣٦٢ - ص ٣٩٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٨٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت بك فقرة ٣٤٦ وما بعدها .

١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة . فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات (١) .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي :

١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (٢) .

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية في القانون المدني القديم :

م ١٩٩/١٣٨ : «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري» .

م ٢٠٠/١٣٩ : « وهكذا يكون التفسير في الشروط المعلق عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها» .

م ٢٠١/١٤٠ : « في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد» . ولم يستحدث القانون الجديد في تفسير العقد قواعد لم تكن في القانون القديم . ولم يعد أن قن القضاء المصري فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة « وبالغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قد قصداه » فقد تضمنها نص المشروع التمهيدي . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة « فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين » ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٨) .

(٢) أنظر تاريخ النص آخراً فقرة ١١٨ .

واضحة . وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى . وأورد  
الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان . وقد جرى القضاء  
المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان .

وسكن القانون الجديد . مع ذلك ، أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى  
الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة . بأن أوجب البحث عن  
النية المشتركة للمتعاقدين والاسهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وأعرف الجارى .  
وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص  
منه الإرادة الباطنة .

### ٣٨٧ - البحث فى تفسير العقد بآتى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحتة :

ويلاحظ بادئ الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد  
العقد والبحث فى صحتة . إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً .  
حتى يكون قابلاً للتنفيذ (١) .

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحتة غير نطاق البحث فى تفسير العقد  
لتحديد آثاره . فى انعقاد العقد وصحتة يدور البحث حول الإرادة . التى يؤخذ  
بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة . فإذا كانت هى الإرادة  
الباطنة فهل انتقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لتتوقف هل هى صحيحة  
أو معيبة . وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخص منهما إرادة مشتركة  
للمتعاقدين . أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره . فنحن بعد أن نكون  
قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين . ننظر عند هذه الإرادة الظاهرة  
لتفسير معانيها . ما وضع منها وما عمص . مفترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين

(١) ويلاحظ الدكتور الشبى فى رسالته « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى  
الجديد » ( ص ٤١ - ص ٤٦ ) أن نظريته تعتبر ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحتة وفى  
تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لسكن من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت  
هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة  
الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى تأثير الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهذا هو  
تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشبى من ذلك الأهمية البالغة التى أحرى التعبير ،  
ويتمثل أهمها هى بحث أى من بين النظم القانونية المختلفة .

الإرادة الباطنة حتى يفرم الدليل على العكس . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي .

### ٣٨٨- القانون والواقع في تفسير العقد : وبعبارة أن نبين منذ الآن

ما يعتبر في تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها .

ويمكن حصر مسائل القانون في تفسير العقد في المسائل الثلاث الآتية :  
(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون في تفسير العقد . وهذه القواعد يلتزم القاضي باتباعها تحت رقابة محكمة النقض . فإذا خرج عليها نقض حكمه لمخالفته للقانون . ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث :

- (١) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلي لهذه القاعدة تفصيلاً . وبين إلى أي حد تنبسط رقابة محكمة النقض في ذلك .
- (٢) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن الية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . فالعبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين (١) على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضي الذي يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً ، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه (٢) . أما

(١) استئناف وطني في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ من ٣ : ٥ — استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٧٠ — وفي ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٣٧٣ — وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٠٤ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ١٤ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ١٢ — وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٣ .  
(٢) استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٢١ — نفس فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ — ١ — ١٥٩ — وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ — ١ — ١٣٨ .

ما ذكره النص بعد ذلك من الاستدعاء في تعرف التبعة المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات . فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي . وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدي ولا يؤدي به إلى تعرف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه .

(٣) ما نص عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المدعى . فهذه هي أيضاً قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد . إذا خالفها القاضي نقض حكمه . وسرى فيما يلي مدى تطبيق القاعدة ، ومنى يمكن القول بأن هناك شكاً في إرادة المتعاقدين . ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومنى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا التزم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التي تقدم ذكرها . فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير في الكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سئرى . ولكنه يتقيد قانوناً - ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض - بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها . ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي ثبت عنده . يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً ، غير مناقضة للثابت في الدعوى . وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي . فإذا أثبت القاضي مصدرها للواقعة وهماً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه (١) .

---

(١) قضى مدنى في أول مارس سنة ١٩٣٤ عموعة عمر ١٦٨ م ٣٢٨ - أنظر أيضاً ما قرره محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة العامة في فهم الواقع في الدعوى من دلالاتها المقدمة له تدرجاً صحيحاً ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا المهم دليلاً وهماً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض =

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ، ملازماً في ذلك القواعد القانونية التي تقدم ذكرها ، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع في التكييف وماربته عليه من آثار لرقابة محكمة النقض . لأنه يطبق القانون على الواقع . وتطبيق القانون بعد من المسائل القانونية (١) .

= ولكن يستحيل عقلاً استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض بخالفته لقواعد الإثبات القانونية . فإذا انتحل المحكم الحادث الضارباً تقصيراً لا يمكن استخلاصه فعلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة تعين نقضه (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠) .

(١) تالامون (Talamon) في رقابة محكمة النقض على تفسير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — مارتى (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ — حامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك في النقض في اللوادر المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن من حقها أن تعرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تبينه في حكمها من الواقع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مغالطاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بمقد مسجل بشمن معين أقر قبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري تبين فيه له الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصريح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمسكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيه عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مسكياً للمقد المتعلق بالملكية الواردة في إقرار المشتري وشمما لمقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد حلت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشتري ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لمقد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للمقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله ، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا المقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالة ، فتعتبره وصية لايماً صحيحاً (نقض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) — والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف المقد جهلاً أو عمداً ، والتمدد يكون عادة لإخفاء غرض غير مشروع ، كريباً فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء في القانون المدني القديم ، وكشركة خاصة هي في الواقع قرض (استئناف مختلف في ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٦) ، وكبيه هو في الواقع تأمين لدين على البائع للمشتري (زقاق استئناف في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ =

أما ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو

٣٥ الحقوق ٢٣ من ٣٠) ، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة ( استئناف وطني في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسية رقم ٢٥/٥٢ - أنظر أيضاً استئناف مغلط في ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ٩٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣٦٤ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٢٩٤ ) .

وكثيراً ما انتشر الوصية تحت اسم آخر ، كالبيع ، فعلى محكمة الموضوع أن تنبئن إرادة المتصرف ، وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض ( أنظر نظرية العقد للدولف من ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكيف التصرف تارة بأنه وصية وضوراً بأنه بيع - ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتي : استئناف مصر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ من ٤٨ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ من ٣٠١ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ من ١١٢ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ من ١١٧٨ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ من ١١٨١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٩ من ٧٣٧ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ من ٣٧٣ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ من ١٤٢٤ .

وتخضع محكمة النقض هذه الصفات لرقابتها تارة عن استظهار بنية المتصرف وهي مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تشترط في استظهار البنية كما رأينا أن تكون الوقائع التي استخلصت منها هذه البنية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤيدة إلى النتيجة التي قررتها في حكمها ( نفس مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧ ) ، ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كابستقرار وضع يدايبائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد وكعدم تسجيل العقد وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرة أو الموائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته ( استئناف مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ من ٦٦٤ ) - وضوراً عن طريق إخضاع التكييف القانوني للتصرف لرقابتها ، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً ، وفي حكم آخر كيفت هبة لا وصية ، ففقت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى بنية المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وطرونها ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفا قانونيا خاطئاً ، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى خفيه ببيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع يبيع تلك الأرض لخفيه ببيعاً قطعيّاً لا رجوع فيه ونزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشتري ، وأنه سلم الأثمان للمشتري لكي يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تحيلاً تالياً ، واستمر البائع واهضاً يده على الأرض ، ثم تنازع مع المشتري على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة مد من المشتري مقتضاه أن يفي الأثمان تحت يده هو يستغلها خبير وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، إذا حصل -



هذه السلطة التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها

= ذلك وحكمت محكمة الموصوع اعتبار هذا القدوصية بناء على ما بان لها من الظروف التي لا تست تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشتري ومركزه بالنسبة للبائع ببقاء العين تحت يده صاحبا ، كان حكمها خائفاً في تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتشار هذا العقد عقد تبرع منجز أي هبة مسترة في صورة بيع ، فهي هبة صحيحة . (نقض مدني في ٢ يونية سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وفد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع في القانون المدني القديم أمراً محمداً (أنظر إلى ما جاء في ذلك من الصواب نظرية العقد لمؤلف ص ٩٢٨ في آخر الحاشية رقم ١ وتبعد الأحكام مشاراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ — ص ٩٣٣) . وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقتضي بأنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمجازاة العين التي تصرف فيها وبمحف في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقر دليل يخالف ذلك . ويبرر ملك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعته القضاء على السهل في تصرف التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيضاء لوارث ، فكان القضاء يصلح بهذا التسهيل عيباً في القانون ليصحح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتضى اسمية التصرفات بغير أسائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المسترة .

وقد كانت محكمة النقض ، قبل القانون المدني الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بمجازاة العين لا بمحف في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصبح في القانون الجديد قرينة قانونية — لاسيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة طول حياة البائع : أنظر في هذا المعنى نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي ١١ مارس سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ ملن رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — ومع ذلك أنظر : نقض مدني في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفي ٨ يونية سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار ألقى شرط المنع من التصرف) — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ملن رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدني في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ ص

من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

= مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ض ١٠٧ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص ٢٣١ -  
وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨ ص ١٧٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن  
رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم يفتسر . ومع ذلك أضر: قض مدنى فى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة  
عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ - وانظر فى أن تنازل البائع عن ورقة النقد يدل على تعبير نعتد :  
نفس مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٦ سنة ١٨ قضائية ، وفى أن تسليم الناح  
العقد المشتري وتخليه من الحيازة له قبل الودة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع)  
يدل على التبرع وعلى تغل المورث عن فكرة الرجوع فى التصرف : قض مدنى فى ١١ مارس  
سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ - وفى ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم  
٥١ سنة ١٩ قضائية لم يفتسر ، وفى أن التصرف بغير وصية إذا كان الناح قد أصدر عقد  
البيع مسجلاً ولم يقبض ثمناً ولم يسلم العقد للمشتري بل احتفظ به طوال حياته : قض مدنى فى  
٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم يفتسر ، وانظر فى الفية بعض  
وهى سافرة : قض مدنى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٨ ، وفى الهبات  
المسترة فى صورة سندات : قض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢  
ص ٢١٠ - وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ - وفى ٢٩ أبريل  
سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ - وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤  
رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ .

ومن ذلك ترى أن القرينة القانونية التى أقامها القانون الجديد - وهى احتفاظ المورث  
بالحيازة وبحقه فى الانتفاع مدى حياته - هى الشيء الثابت فى هذه المسألة . وهى قرينة قابلة  
لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن فى هذا النفي ،  
كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق  
أن المشتري قاصر وأن البائع بائع الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التى تعارض قرينة  
أن التصرف وصية .

والذى يمتنعنا أن نقرره هنا هو أن المحكمة النفس رقابة تامة على التكليف القانونى للعقد .  
وقد قضت بأن تملك كل من الزوجين الآخر ماله بعد واثته هو تبادل منفعة مدلى على الخطر  
والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، وهو  
من قبيل الرقعى المحرمة شرعاً (قض مدنى فى ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩  
ص ٤٩٩ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى التركة المستقلة فقرة ٢٧٧) .  
وقضت أيضاً بأن العقد الذى يزيد فيه ما يدفع من الثمن تقدماً عما يدفع منه عيناً هو بيع لامقايضة ،  
فتكليف محكمة الموضوع العقد على هذا التحو لا غبار عليه (قض مدنى فى ٣٠ مايو ١٩٣٥  
مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤) .

(١) وقد قررت محكمة النفس هذا المبدأ فى أحكام كثيرة . من ذلك : قضت به من أن  
استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها بما يدخل فى ساحة قاضى الموضوع ولا رقابة  
لمحكمة النفس عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن =

### ٣٨٩ - حالات التفسير الشهيرة : رأينا أن القانون المدني الجديد نظر

المعاقدين قصداً به أن يكون البيع تاماً منجزاً بشرط جزائي، ولم يقصد أن يكون يئناً بمرور أو يئناً مطلقاً على شرط فاسخ (قضى مدني ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ٩١ من ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع . فلما أن تقرر معناه على أى وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتغيره متفقاً مع قصد المتعاقدين ، ولا رغبة لمحكمة النقض عليها في ذلك ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى تأخذ به (قضى مدني ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ من ١٧١) . وقضت أيضاً بأن استظهارية التصرف مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيه تؤدي إلى النتيجة القانونية التى قررتها (قضى مدني ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧) . وقضت بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له لتقديماً صحيحاً ، وفى موازنة بعضها ببعض الآخر ، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها ، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولم أخطأ فى نفس الأمر ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تنظر إلا فى مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصداقاً للواقعة التى يستخلصها يكون وهماً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (قضى مدني أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ من ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أناروه فى مرافعتهم ، مادام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضنى المذق لتلك الأقوال والحجج والطلبات (قضى مدني ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ من ٤١٤) .

أنظر أيضاً فى هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها : قضى مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ من ١٤٢ - وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ من ٢٠٥ - وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٥ من ٢٩١ - وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ من ٣٢٧ - وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ من ٥٢٠ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ من ٦٤٦ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ من ٢٤٠ - وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٧ من ٥١ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ من ١٤٠ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ من ١٧٧ - وفى ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ من ٢٣١ - وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ من ٢٥٩ - وفى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ من ٢٩٤ - وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ من ٣٩٣ - وفى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ من ٤٨٨ - وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة =

إلى حالات ثلاث في تفسير العقد . ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة . فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام شك في تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملزم في غير عقود الإذعان . ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

## ١٩ - عبارة العقد واضحة

٣٩٠ - **القاعدة التي تنبع في التفسير :** رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضى بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقنياً لقضاء محكمة النقض عندنا . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت في ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية ، تفرق في العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة . وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده . أما في تفسير الشروط الظاهرة فلا تجوز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً لما يوجب نقض الحكم .

٣٩١ - **العبارة الواضحة قد تكون محمل للتفسير :** ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضي قد يجد نفسه

= عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٤ ص ٢٥١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ ص ٢٥٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٦٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ ص ٥٦٧ - وفي ١٧ - سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٨٠ .

هذا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة مرضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة ، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير في هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النفس ( نظرية العقد للدولف ص ٩٢٧ هامش رقم ٢ ) .

في حجة إلى تفسير العبارات الواضحة . مهما بلغ وضوحها ، وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح . فقصدنا معنى . وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر . ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسسه أو يشوّهه . ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب . وفي هذا تقول محكمة النقض : « لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها كما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدین ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها (١) » .

(١) نقض مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤١ من ٨٣ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم نصوص العقد وما قصده الماقدات منها دون أن تنقيد بالفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاهما إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها ، ولذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هي الظروف والملابسات التي رجحت عندها ما ذهب إليه (تجس) =

## ٣٩٢ - رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة : ويتبين مما

= مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤). وقضت أيضاً بأنه مهما يقل بأن للحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هي أنه مقصود العاقدین ، فلا شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين في حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغته المعنى الذي أخذت به ورجعت أنه مقصود العاقدین ، بحيث يوضح من هذا البيان أنها قد اعتبرت في تأويلها إليه على اعتبارات مقبولة يصح منها استخلاص ما استخلصته منها . فإذا هي لم تفعل كان حكمها معيياً بقصور أسبابه (قض مدني في ٣ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت في ورقة من أوراق الدعوى ، وأوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التي دعته إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلاً ، فلا يصح التمسك على حكمها أنها مسخت الورقة التي قصدت لتفسيرها أو أنها حرفت معناها (قض مدني في ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤) .

أنظر أيضاً في هذا المعنى : قض مدني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص ١٦١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ - وفي ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ - أنظر كذلك «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وأنظر فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من هذا الكتاب في عقد قضاء محكمة النقض المصرية والفرنسية في هذه المسألة وإلى رأى خامس مؤلفي هذا الكتاب .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب في أحكامها ، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية كما سلفت الإشارة : أنظر قض فرنسي في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٧٦ - وفي أول يوليو سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢١٧ - وفي ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ١٠٤ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٢٦٧ - وفي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ - ١ - ١٢٧ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٧٩ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ١٦٦ - وفي أول يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٨٦ - وفي ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٣٦٥ - وأنظر في تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية واليهود الثلاثة التي مر بها هذا القضاء كتاب «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك فقرة ٨٩ - فقرة ١٠١ .

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو عافية (في رسالته في التصرف المجرد نسخة عربية ص ٢٨٤ هامش رقم ٨) على القانون المدني الجديد ، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للتقدم . وقد رأينا أن هذا النص في القانون الجديد لم يقصد به إلا تفهيم قضاء محكمة النقض في هذه المسألة ، تنعوليس . من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بينهما .

قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا ألزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذي يعبر عن مقصود التعاقدين . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذي قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب . فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغ سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسبب (١) . ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً في رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك . بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذي استخلصه هو مقصود التعاقدين . وأن هذا وذلك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

### ٣٩٣- هل اللفظ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أمضبالإرادة الظاهرة:

وبعد أن بسطنا القاعدة في تفسير العبارة الواضحة للعقد، يحق لنا أن نتساءل: ما دام القاضي لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص (٢) ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ في هذه الحالة

(١) وإلى هنا نشر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي إذ قول : « ولاحظ أخيراً أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة التعاقدين الثانية ، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا . فليس للقاضي المدني ما يجتمع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض — أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ فقرة ٣ ) .

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي تأييداً لذلك ما يأتي : « لا ريب أن لإرادة التعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهي ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هي عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة التعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده التعاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالآل في مراعاتها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ فقرة ١ ) .

بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . ما دام لا يجوز الانحراف عن الأولى ؟ إن الإطلاق الذى رأيناه فى نص القانون قد تنمى بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . ما دام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغييراً ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى الجديد - وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا - لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل لإثبات العكس . ومتى ثبت العكس فالعبرة بالإرادة الباطنة .

## ٢٥ - عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤- البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين : تقول الفقرة الثانية من

المادة ١٥٠ : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا ، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر . بل تحتل أكثر من معنى . وأما أن العبرة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين . لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً . لأن الإرادة المشتركة هى التى تتى عندهما المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو سبغة بحيث تحتل فى جزئياتها أو فى جنباتها أكثر من معنى ، نعين الالتجاء إلى التفسير . والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٧ ) .



ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ نشبت الآراء في ذلك . فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلاً للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد . ذلك أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح كما في (١) . وما دام العقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة . وإلا لدخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلاً للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة (١) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وهذا إن صح في السكينة الغالبة من الأحوال . إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفاقاً عليه ، ولكن عبراً عنه تعبيراً غير دقيق ، فتتحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا نكون في هذا الفرض في منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح

---

(١) ويقول الدكتور محمود أبو غانم في هذا المعنى ، بعد أن ينمى على الفقهاء الفرنسي والمصري المثل بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها ، ما يأتي : « وهذا خطأ بين يجب استبعاده بفصل هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره ، وهو أن تحديد أثر التصرف مسألة لا توضع إلا بعد التلخيص بصحته ، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية ، فلا معنى إذن لإهمال الإرادة الملتزمة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التقيد بمضمون الإرادة الملتزمة ... يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر التصرف . والنتيجة التي تنبئ على ذلك هي أنه ما دام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة الملتزمة ، وإنما وسيلة الاستخلاص من الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير . ولا نزاع في أن للقاضي عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ المتعملة ليهتم فقط بمعناها المقصود في الحقيقة والذي يتبين من مجموع الظروف الخارجية التي لا يستلزم التعبير . ولكن القاضي عندما يفعل ذلك لا يقلل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره » ( التصرف المجرد : نسخة عربية من ٢٨٣ - من ٢٨٤ )

أنظر أيضاً في تحديد منطقة كل من اللفظ والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٨٦ .

والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما تكون في منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير . والواجب في هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة . فلا تكون هي محل التفسير . بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد . ومن ثم يكون الرأي الذي يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأسس هي دائماً محل التفسير . رأياً فيه إطلاق يجدر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هي التي تعبر في العادة عن الإرادة الباطنة . والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان . فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير ، ما لم يقيم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة . وأن بين الإرادتين تغaire . فتكون العبرة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة . وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تمثل في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر ، مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به (١) . فالإيجاب يصدر من الموجب . ويتلقاه الطرف الآخر . ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذي تنف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان . ويتساومان . ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً ، ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما . ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالى (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي هذه

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور الشبني في رسالته في « تكوين العقد وتفسيره في القانون المصرى الجديد » ص ٥٨ .

الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحي إحداها لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هي إرادة من صنع القاضي ، هو الذي يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً (١) .

ونحن نؤثر ألا نتحاز لرأى من هذه الآراء . وأن نستقي للمسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجي للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقد دليل على غير ذلك . وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين - وهى النية المشتركة التى نبحث عنها - من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير يستهدى بها ، هى التى تنولى الآن الكلام فيها .

### ٣٩٥ - العوامل التى يستهدى بها القاضي للكشف عن النية المشتركة

**للمتعاقدين :** ويستهدى القاضي للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكر القانون الجديد بعضاً منها لأهميته . فهو يستهدى «بطبيعة التعامل» وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ، (م ١٥٠م فقرة ٢) . وغنى عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضي .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجة عنه ونسبها بالعوامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه العوامل هى عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضي فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين -

---

(١) سالى: فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧م ٢٢٨ وما بعدها) - واضطر انتقاد الدكتور الشينى لرأى سالى فى رسالته فى «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» م ٥٥ حاشية رقم ٢٣ .

وهذه مسألة نفسية خفية — بعوامل مادية ظاهرة . وتتكلم في كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية .

### ٣٩٦ — العوامل الراهلية في تفسير العقد : ذكر القانون منها طبيعة

التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضي في تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته . ذكرها القانون المدني الفرنسي لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . ونقل كلمة موجزة في كل من هذه العوامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل ، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة ، اختار القاضي المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة . إذ المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيا طبيعته ما لم يعصرا بخلاف ذلك . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً (١) . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه . إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته . فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثاً من تركة أخرى (٢) .

(١) أنظر أيضاً : استئناف مخطوط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ — قض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٢١٣ .  
(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤ .

ويستهدى القاضى بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد . والثقة (confiance) حق له . وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل . فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس ، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه . فالأمانة في التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إيهام في التعبير ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وهذه هي الثقة المشروعة ، وتنطوى على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعاني هو الذى ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في مقابل دين ، واشتروط الدائن أن يستولى على ريع الأرض في نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة - إذ هو يجمع خصائصها - فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضي الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه في الفوائد<sup>(١)</sup> . وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، وتحدد بها عبارة سابقة أو لاحقة . وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة ، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من المكد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ الخاص اعتيد العام . ولا يدخل في المبيع ما لم

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٠٥ من القانون المدنى الجديد . وأنظر في أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣ .

يذكر في المفردشات المعينة ، حتى لو كان داخلاً ضمن مفردشات المنزل . وإذا قام التناقض بين عبارتين . اجتهد القاضى فى التوفيق بينهما . فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعل . وإلا اجتهد فى إعمالهما إلى أقصى حد دون إرهاب للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقض يستصعب معه الجمع بين العبارتين على أية صورة . اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى (١) .

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً زراعية . وكان من توابعها مواشى خصت بالذكر فى عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً . أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن يقوم شك فى أن المبيع يشملها فصرحاً بذلك حسماً للنزاع . أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذه المواشى فأفرداها بالذكر . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض للقاعدة السابقة التى تنضى بأن الخاص يقيد العام . فقواعد التفسير قد تتضارب . وعلى القاضى أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذى يدعى لتفسيره .

### ٣٩٧ - العوامل الخارجية فى تفسير العقد : ذكر القانون منها العرف

الجارى فى المعاملات . ونضيف إليه الطريقة التى ينفذ به العقد .

فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل . إذ المعقول فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة — فى دعوى طلب إثبات صحة تعاقد دفعها المدعى عليه بأن الاتفاق الذى تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره — قد بسطت الوقائع كما استخلصتها من الأوراق ، ثم حصلت من الكتابات التى تبودلت بين محامى الطرفين أن المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله ، متعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من تلك الكتابات مؤيدة إلى ماحصلته ، فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد فى مكتبة منها على لسان محامى المدعى عليه مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينازع فى تفصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هى ، وهى إذ خالغ تفسير محررات متبادلة متراصلة إنما تفسرها بما تفهده فى حلتها لا بما تفهده عبارة معينة من عباراتها (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ من ٤٦٩) — أظن أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥ .

المسائل التي تولد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري ، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء (١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمار ٢٥٪ من قيمة الصفقة (٢) . والعرف يكون عاماً (٣) ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص (٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً (٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التي تقضى بأن يكون نزع البئر في جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها (٦) . ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب (٧) . ولا يطبق العرف ، كما تقول محكمة النقض (٨) ، إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظمونه في عموم . وهناك مسائل يجري فيها العرف مجرى القانون ، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك ، ففي هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سئرى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدرأ من مصادر القانون ، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى

(١) قس مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٦٥ من ١٣٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ١٦٢ .

(٤) مينا جزء ١ فقرة ٦١ .

(٥) استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٣٠ .

(٧) استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٦١ .

(٨) قس ملحق في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ من ١٤١ .

لم يكن حكمه عرضة للنقض ، أما العرف في الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه .

وقد تنضج إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها . مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (١) .

### ٣٩٨- بآية إرادة مؤخر في تفسير العقد : ويخلص مما قدمناه أن القاضي

في تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة . ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة . وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (٢) .

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، في حالتي العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس .

---

(١) أنظر في القضاء المصري نظرية العقد المؤلف فقرة ٨٢٨ .

هذا وقد تنضج إرادة المتعاقدين عن طريق أي عامل آخر خارجي عن العقد . مثل ذلك ماقتض به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أعادت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى والفرائض الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدني في ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠) .

(٢) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertrauensatheorie) التي أشار إليها الدكتور الشنقي في رسالته ٥ في تكوين العقد وفي تفسيره في القانون المصري الجديد ص ٥١ - ص ٥٣ . وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك .



### ٣٨ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

#### ٣٩٨ - يفسر الشك في مصلحة المربين - صبرات هذه القاعدة :

وضع القانون نصاً صريحاً في هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - بقضى بأن يفسر الشك في مصلحة المدين . فإذا قام شك في مدى التزام المدين بعقد ، فسر هذا الشك في مصلحته ، وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى . ويرر هذه القاعدة الاعتبار الآتية :

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين . فذلك لأن الأصل براءة الذمة . والالتزام هو الاستثناء . والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحملة عبارات العقد . فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المسكلف بإثبات الالتزام . فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه . وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك . فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير (١) .

(ثالثاً) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام بملية الدائن لا المدين . فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالحطاً خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى حتى لو كان

---

(١) وتثير المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتي : « إذا عرض ما يدعى إلى تفسير العقد ، وبقي الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المتكثرة رغبة إعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنيات ، وهي ترد إلى أن الأصل في الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود ذمته باعتد أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل . فإذا بقي شك لم يوصى الدائن إلى إزالته من حق المدين أن يعيد منه » ( مجموعة الأعمال التجميعية ٢ ص ٢٩٩ ) .

دائماً . فإن عقد الإذعان يملية الطرف القوى على الطرف المذعن في جميع مشتملاته . فتكون التزامات هذا الطرف القوى هي أيضاً من إملائه . فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو من الدائن .

### ٣٩٩- نطاق تطبيق القاعدة : وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ،

ويرد عليها في حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين : مجرد شك . بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضي أن يبين ولو وجهها واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه . فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها . بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر ، فلم ينعقد العقد . ولا بد ، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين - مهما كان هذا عسيراً - واستطاع أن يزبح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة . ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين (١) .

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن» . فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً . على خلاف القاعدة التي نحن بصدها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في عقود الإذعان (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه في الغرض المقصود من المشاركة الذي يبيحه تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذي يقوم في نفس القاضي لمحو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبة بتمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالتفن ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه ( قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ١٦٩ رقم ٤٧٨ ) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ - ومما جاء في الذكر الإيضاحية للشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : «وينبغي كذلك تفسير ما ينشأ من الشروط فيها على وجه لا يضرب المذعن ، -

٤٠٠ - **تطبيقاً للقاعدة** : فإذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقها . وفسر العقد الملزم لجانِب واحد لمصلحة الجانب الملزم . وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذى يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر . فإذا كان هناك شك في وجوب إعذار المدين ، فسر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعذار (١) . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (٢) . وإذا كان المدين ملزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة (٣) . وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (٤) .

## الطلب الثانى

### تحديد نطاق العقد

٤٠١ - **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٤٨ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

= دائماً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الحالين ، بد في هذا النصوص « (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢٧١) .

(١) استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٤٢ - وفي ١١ يونيه

سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٧٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ من ٢٩ .

(٤) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازت ١٢

رقم ٢٨٧ من ١٦٥ - أظن أيضاً استئناف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة

١٢ رقم ٢٥ من ٧٣ - محكمة مصر السككية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة

٢١ رقم ١٢٦ من ٢٦٧ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٦٢

- وفي ١ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من

١١ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٩٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ =

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستزماته . وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (١) .

وهذا النص يبين في الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد . وفي الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

٤٠٢ - التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه : وهناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً

== من ٥٣ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ س ٥٩ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ س ٢٣٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ س ٢٠٠ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ س ٢٩٨ - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ من ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهي التي تمتينا هنا ، مرجئين الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص في المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للعدالة والعرف والقانون » . وفي لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتي : « وفقاً للقانون والعرف والعدالة » ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص كما هو في المشروع النهائي . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يطلى لتقاضي سلطة خطيرة إذ يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك إهدار للقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستثناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والمادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها . وبعد مناقشة استعيض عن عبارة « ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام » بعبارة « ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستزماته » وأضيفت عبارة « بحسب طبيعة الالتزام » في آخر الفقرة ، وقالت اللجنة في تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٢٨٧ - من ٢٩٠) .

للسنة المشتركة للمتعاقدين . بل يجاور ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه — والمشتملات يعرفها القاضي عن طريق التفسير وتحديد النطاق — ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ( م ١٤٨ فقرة أولى ) (١) .

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه .

### ٤٠٣ — العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد : لا يقتصر

القاضي ، كما قدمنا ، في تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون . لا على سبيل الحصر . أهم العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس في مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز . ففي تفسير العقد نرى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفي تحديد نطاق العقد نصيب إلى هذه النية المشتركة ما لم تناوله في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وفي تنفيذ العقد نجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هي شريعة المتعاقدين . فلا يجوز قص العقد ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، ويجب تعديله طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما في الحدود المرسومة لها . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن : « وما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام في معرض تحديد مضمون العقد ، وتنص ... على العرف الجاري في شرف العامل بصدد كيفية تنفيذه . والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شقه الثابت بالمادة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة . فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يقرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف العامل (أنظر م ٢٢١ من القوانين اللبنانية) . وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة ، فمن البين أنها تختلط في الواقع بعضها ، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧) .

هذه المستلزمات . ومن ثم في تحديد نطاق العقد . وهذه هي : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة . (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style) . (٤) العدالة .

٤٠٤ - طبيعة الالتزام : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملئ على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة (١) . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكن ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء (م ٤٣٢ جديد) . ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده . كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التى لا غنى عنها فى تسييرها . ومن باع متجراً وحب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك (٢) .

٤٠٥ - القوانين التكميلية والمفسرة : والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضى إلى حد كبير على امتكمال نطاق العقد . ذلك أنه يصعب فى كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما

(١) وقد رأينا أن نص المبروعين التمهيدى والتهائى واضح فى أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . ونحس هذا المعنى بعد التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول فى تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن نغس حوزمه . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم فى تحديد نطاق العقد . وعلى هذا الوجه جرتنا فى شرح النص . (٢) أنظر الدكتور حلى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٠ - ويقول الأستاذة بلانيول وريير وبولانجيه فى وسيطهم إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد . الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثانى هو الزام الضمان (oblig. de garantie) ، وقد نظم القانون الزام الضمان هذا فى بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه الزام قائم فى كل العقود التى تقتضى طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sûreté) ، وهو الزام تقتضيه طبيعة بعض العقود ، فمقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص . الذين ينقلهم من مكان إلى مكان ( بلانيول وريير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٠٠ - ٤٠٩ وفقرة ٩٠٨ - ٩٦٣ ) .

بيهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان بعض التفاصيل ، إما لأنهما لم يتوقعاها . وإما اعتماداً على أحكام القانون (١) . وهنأتان الأحكام القانونية المفسرة تكل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فبعينا المبيع والثمن ، وقد يغفلان بعض التفاصيل كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه التفاصيل بين القانون أحكامها فيصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكيلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها . وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمداً على هذه الأحكام المفسرة . ونكون هذه الأحكام جزءاً من العقد . وهذا ما يدل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورهما ، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمّل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد ، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانوني في ظل القانون القديم (وكان السعر القانوني ٥ في المائة) فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانوني إلى ٤ في المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥٪ .

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه ، فهي ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

(١) وهذه غير الحالة النصوص عليها في المادة ٩٥ ، والتي مر ذكرها ، وهي حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع السائل المحورية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والمعادلة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددنا أغفلوا بعض التفاصيل لأنها لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون . أما في الحالة النصوص عليها في المادة ٩٥ فإن التفاصيل التي تركها المتعاقدان دون تنظيم هي تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما . ولكنها لم يستطعا الوصول إلى هذا الاتفاق . والقاضي في هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد .

#### ٤٠٦- العرف والشروط المألوفة : رأينا أن العرف يجري مجرى القانون

في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) . فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بدراجها فيه . وهى شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشمل على عبارات معينة . حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذى فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تنضى به هذه الشروط ولو لم تذكر . لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهى من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم . فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً . ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد . فالشرط الخاص هو الذى يعمل به (١) .

#### ٤٠٧- العداوة : وقد يترشد القاضى بقواعد العدالة في

استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبايع لا يلتزم بحسب أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري . بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . وقد يورد القانون في شأنه نصراً صريحاً (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدنى الجديد) . وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسة يترع بها عملاء المتجر . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . والعامل الذى إذا عمل في مصنع فاطلع على أسرار الصناعة بحكم عمله يلتزم ألا يوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ جديد) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل . إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده في الابتداع . ولو لم يشترط رب العمل في العقد



أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات ( م ٦٨٨ فقرة ٢ جديد).  
 وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين  
 ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية . إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة  
 التي تتحملها الشركة . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة - وقد وضع  
 لها القانون الجديد نصاً عاماً وطبقها في عقود مختلفة - إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة  
 في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث  
 استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ  
 الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة .

#### ٤٠٨- تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون : وإذا حدد القاضي

نطاق العقد، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فتستطيع هذه المحكمة  
 أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه .  
 فإذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان في ذلك انتقاص  
 من نطاق العقد ووجب نقض الحكم (١) .

(١) وإلى هذا الرأي ذهب محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد  
 خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . ففي دعوى الما قول الذي لم يدفع للمدعى عليه  
 (وزارة الحرية) غير التأمين المؤقت ، وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائي  
 امتنع ولم يجرر عقد التوريد وطلب إعفاءه من التعهد ، فألقى المدعى عليه عطائه وانصرف إلى  
 غيره في استيراد المطلوبه - في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها  
 الذي كان يجب تطبيقه ، فللمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط  
 الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها  
 الآخر على الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيما يترتب من تفسير  
 هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع  
 فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٢٩  
 من ٢٢٣) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود  
 الأخرى بوجوب نقض الحكم (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٣  
 من ٥٣٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى «النقض في المراء المدنية والتجارية» لحامد فهمي بإسنا  
 والدكتور محمد حامد فهمي بك من ٢٩٦ - من ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع من  
 تفسير العقد وتحديد نطاقه) .

### المطلب الثالث

#### إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

##### (العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ - القاعدة العامة والاستثناء منها : القاعدة العامة هي أن العقد شريعة

المتعاقدين . فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد القانون الجديد . عند الكلام في آثار العقد (١) . على هذه القاعدة استثنائين . الاستثناء الأول ما تنقضي به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢) ، والاستثناء الثاني ما تنقضي به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضي للشروط التعسفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) .

ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها (٢) . ونقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية . فإن العيب الذي يلحق العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه . لا عند تنفيذه كما هو الأمر في نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال . يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطوق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكل بتلك .

فلذا تركنا عقود الإذعان بقى أن نبحث مسألتين : (١) القاعدة وهي تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تنقضي به نظرية الحوادث الطارئة .

#### ١٥ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ - النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧

من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة نرفت في أماكن مختلفة كما سنرى .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ وما بعدها .

«العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون (١) .»

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتي :

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (٢) .»

### ٤١١ - المفسر شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد

نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون ، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب . وبطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد يقوم مقام القانون ، في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون» . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة «ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي .

على الوجه الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل» . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً على النحو الآتي :

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المبادئ العامة كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل المقود جيداً سواء فيما يتعلق بتعين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها . وحذفت اللجنة عبارة «وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وعللت هذا الحذف في نصها بأن «في عموم تعبير حسن النية ما يفنى عنها» ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ - ص ٢٩٠) .

هو القانون الذى يسرى عليهما . وتوارى الدليل أمام الأصيل . وهذا هو المعنى الذى قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : «العقد شريعة المتعاقدين» . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى فى هذا المعنى : «الانفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون » . ( Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi . à ceux qui les ont faites . وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا (١) .

## ٤١٢ - فم يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب

التي يقرها القانون : والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، هى أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون .

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها . ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل . ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقرها القانون .

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢ - فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون . أما وجوه الشبه ففى أن كلا منهما ملزم ، وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بين الطرقتين التى صنع بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هى أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيبقى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التى صنع بها فى أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلى إلا بالطريقة التى صنع بها ، وتضرب العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تضرب القانون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً . إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل . أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بلغائها . كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة . كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤) . وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦) . وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠) . وفي جواز تعديل أجر التوكيل (م ٧٠٩) ، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي ستناولها بالبحث بعد قليل (١) .

### ٤١٣ - ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تنفق مع ما يبرمه حسن النية:

كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تنفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التفتيش الفرنسي ، والآخر مادي يعتمد بعرف التعامل وقد أخذ به التفتيش الألماني » . (٢) ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « المقد شرعية المتعاقدين ، ونسكة شرعية اتفاقية . فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً . والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي . لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين . فلا يجوز إذن نقض المقد أو تعديله إلا بترضى عاقديه — ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون ، كما هي الشأن في أسباب الرجوع في الهبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨ .

الشيوع . عند ما حذفت المعيار الثانى الخاص بنزاهة التعامل من المشروع  
النهائى . قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى . أما ما ذكرته  
فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرّر المعيار المادى ولأن فى عموم  
تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يغنى عنها (١) فغير صحيح . لأن  
المعيار الذاتى لا يغنى عن المعيار المادى . لذلك يجب . بعد هذا التعديل .  
الاقتصار على المعيار الذاتى . وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن يتداه بطريقة  
تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ  
جميع العقود . ولم يعد هناك . كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، عقود  
حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de  
bonne foi) بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية (٢).  
ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد  
أن الما قول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها  
من أقصر طريق ممكن (٣) . وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من  
الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها (٤) .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد . فيمنح المدين نظرة  
الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦ فقرة ٢) .  
ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيى فى هذا الصدد ما بأتى : « ويستخلص  
مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها البىأتى دون المانى كما  
كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان ، فعسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق  
بتعين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨ ) —  
وتقول الأستاذة بلانيل وريير وبولانجيه فى وسطهم ( جزء ٢ فقرة ٥٥ : — فقرة ٤٥٧ )  
إن القاضى كما يمنع التدليس (dol) فى تكوين العقد ، كذلك يمنع الفش (fraude) فى تنفيذه .  
والتدليس والفش شىء واحد يشخذ اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو فش  
عند تنفيذه .

(٣) قاض فرنسى فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالورز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٤) قاض فرنسى فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سبويه ٨٧ — ١ — ٤٢٠ .

بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢١ فقرة ٢) . وهذا وذلك يمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمّر بحسن النية فى تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . وفى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ - ٥٣١ من القانون المدنى الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون المدنى الفرنسى) . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يحظر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا : م ١٧ و ١٩ و ٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يحظر المؤلف عما تم فى بيع كتابه . وعلى المشتري أن يحظر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم (م ٤٤٠ جديد) . وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يحظر البائع به فى خلال مدة معقولة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠) . ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك . فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإنعام شئ من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥) . وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧) (١) .

(١) الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٣٩١ - ص ٣٩٩ . وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام التعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغنى في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق . فإن التعاقد الذي يحدد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مستولاً على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد ، قبل أن يكون مستولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق (١).

## § ٢ - نظرية الحوادث الطارئة (\*)

(Théorie de l'imprévision)

٤١٤ - النصوص القانونية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من

القانون المدني الجديد على ما يأتي :

«ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلًا . صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

(١) بلاتيل وريب وبولانجي ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧ .

(\*) بعض المراجع : برنيه (Brunet) رسالة من أوكس سنة ١٩١٧ - سان مارك

(Saint-Marco) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ - جيليت (Gueulotte) رسالة من باريس

سنة ١٩١٩ - موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - ردوان (Raulouant)

رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ -

بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ - فواران (Voirin) رسالة من نانسي

سنة ١٩٢٢ - لايبير (Lapeyre) رسالة من بواتيه سنة ١٩٢٣ - مانيان دي بورنيه

(Magnan de Bornier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٤ - ديمونكيير (Desjonquères)

رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨

- أوفرنى (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - حامد زكي رسالة من باريس

سنة ١٩٣٠ (في القانون الإنجليزي) - دي جودان دي لاجرانج (De Gaudin de Lagrange)

رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ - باربر (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ -

فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - زاكاس (Zackas) رسالة من تولوز

سنة ١٩٣٩ - مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك في مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية

والسلاتون ص ٦٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولي في

سنة ١٩٣٧) .



ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (١). وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير في القانون القديم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للعدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إن اقتضت العدالة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بدعارة « حوادث استثنائية » ، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء . وحذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهى « إن اقتضت العدالة ذلك » على أن يحمل عليها عبارة « تجما للظروف » توضع بدعارة « جاز للقاضى » . وأضافت فى آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون الذى لمجلس الشيوخ قيل فى إضاح النص بين الحوادث الاستثنائية العامة تصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ، ولا تصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المحصول مثلا — ولا يعد انتشار الدودة حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد . وذكر أن المشروع قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التفتين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ماساق من تطبيقات فخلط بذلك بين الملة والمطلول . وقيل كذلك إن استعمال القاضى للرخصة فى إعاس الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة التقض من حيث توافر الشروط التى تبيح استعمال هذه الرخصة . ولما اعترض على عبارة « ينقص الالتزام المرهق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إعاس الالتزام المرهق كان الرد أن الإعاس غير مقصود به الإعاس المادى وإنما قصد به التعديل وينسب دائماً إلى عبء الالتزام ، فاستماضت اللجنة عن عبارة « ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » بعبارة « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . ثم قام اعتراض على النص فى ذاته بدعوى أنه يخرج القاضى عن وظيفته ، إذ أن وظيفته هى تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة ، وبدعوى أن النص يثير مشا كل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أن حادث سياسى قد يترتب عليه نارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها ، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد نصاً فى العقد وهو فى هذا يعمل فى حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٦) .



نظيرتها تصلح اختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوى أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين . ومن ثم تتوزع تبعته بينهما . وفي النظريتين الآخرين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن (١).

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف ، وقد أخذ بها القانون المدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً في حالات معينة . فنحن نتكلم : (أولاً) في التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدنى الجديد .

## ١ - التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

### ١٦٤ - النظرية في المصور الوسطى : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة

- عامراً انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام . فقد يكون سبباً في بطلانه أو في انقضائه على الأقل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

(د) وتعين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ المبنى للعقد وتنفيذه من طريق التمويض . ففي تنفيذ العقد من طريق التمويض لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وما نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ المبني ، فلا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وما زاد على هذا القدر التوقع فلا يتحمل تبعته كاملة . ونقول المذكورة الإيضاحية للمبروع التميدى في هذا المعنى ما يأتى : « وملاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المحسومة تقم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التمويض . إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المبروع التميدى وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) بأن المدين لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ المبني إلى حد بعيد عما كان في الوسم أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعاها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغلال ذات ميار شخصي : استغلال هوى جامع أو طيش ين . أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فلهما ميار مادي : حادث طارئ عام واحتكار لسلعة أو مرفق .

ذات جانب أدنى بارز . فهي تسعف المتعاقدين المتكوب عند ما يختل التوازن الاقتصادي للعقد . فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية . ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي . ولها أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي (١).

فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً . فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أو وجد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو لإثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق . وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) . فالعقد يفترض فيه شرط ضمني هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجيء في الظروف الاقتصادية .

وسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود ، وبخاصة في عقد الإيجار . فيفسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر (٢) .

(١) أما في القانون الروماني فلا نسع لها مدى إلا في أقوال الفلاسفة من أمثال شيشرون (Cicéron) وسينيك (Sénèque) .

(٢) البدائع ٤ ص ١٩٧ - والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة كمن استأجر حماماً في قرية مدة معلومة ، ففقر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من عن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذراً في فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده باليب (البدائع ٤ ص ١٩٨ - ١٩٩ - الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ - ٤٦٣) . وإما أن يرجع المندر للمستأجر ، نحو أن يفسد فيقوم من السوق ، أو يريد سفرأ ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكذا إذا كانت الإجارة لفرض ولم يبق ذلك الفرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنتقض الإجارة من غير حق ، كما لو =

## ٤١٧- النظرية في القانون المحرّب - أثرها في القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لا فقهاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاء .

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون المدني . فقليل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسابه (١) . ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق ، فيفتح الباب واسعاً للتحكم - وقيل إن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد (٢) . ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين ، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة - وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين (٣) . ويرد على ذلك

= استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقطع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، فنقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٥٨ - ابن عابدين ٥ ص ٢٦) .

ونظرية الضرر في الفقه الإسلامي - كما نرى - واسعة . وقد وضع الفقهاء للضرر مياراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦) : « والماصل أن كل عذر لا يمكن منه استيفاء المقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق القسح » . فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبره دون هذه وتلك . فارتن أيضاً أصبح المكر (عقد الإيجار المؤلف بقرعة ١٦١ ص ٢٠٩) .

(١) ريبير في القاعدة الأدبية فقره ٨٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقره ٣٩٦ .

(٢) قارن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقره ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقره ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

بأن الدائن لم يثر بلا سبب . بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد — وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً . إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاظه . ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وحده . وإلا لكان الغبن سبباً في بطلان العقد — وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق . والدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد إبرأخي التعاقد إلى مدة من الزمن بأن يأمن جانب تغير الظروف . فإذا هي تغيرت وطالب بخفه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً (١) — ثم نقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضي تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون (moratorium) ، وفي عقود الإيجار . وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية ، وفي بعض العقود التجارية (٢) .

أما القضاء المدني فلم يقر النظرية ، لا في فرنسا ولا في مصر .

وقد أثبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية نافهاً كل التفاهة (٣) . وأثبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية في فرنسا

(١) بلانويول وريبر وبولانيه ٢ فقرة ٤٦٢ .

(٢) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر في فرنسا في ٢١ يناير سنة ١٩١٨ — وراجع في التشريع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه للأستاذ موران (Morin) — وأنظر في اقتصار المشرع على التدخل عند الاقتضاء في حالات استثنائية الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ — الدكتور أحمد حشمت أبوسنت بك فقرة ٣٥٨ — فقرة ٣٥٩ — وأنظر عكس ذلك في وجوب تدخل المشرع بنس عام يقرر النظرية في جلستها الدكتور حامد زكي (باشا) في رسالته في الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي ص ٣٧٥ ونظرية العقد للوثائق ص ٩٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) قنن فرنسي في ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيرة ١٨٧٦ — ١ — ١٩١ — أنظر حكماً آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠٣ — ١ — ٤٦ .

بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً ، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ (١) .

والقضاء المصري ، في ظل القانون القديم ، كالقضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطر القضاء المختلط في هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلاً ، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام (٣) .

والقضاء الوطني أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية في حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من « الذرة العويجة » بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم طالبت المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنين وريع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة في حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها

- 
- (١) قض فرنسي في ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيرة ٥٦-١-١٢٩- أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : قض فرنسي في ١٧ يولية سنة ١٩٠٧ سيرة ١٩٠٨-١-١٠٩- وفي ٦ يولية سنة ١٩٢١ سيرة ١٩٢١-١-١٩٣ .
- (٢) استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩-٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤٤ ص ٣٦٨- ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ١٥٥- ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨٤ ص ٢٠٢- ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٦٠- ٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤- ٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦- ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧- ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨- ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٦- ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩- ٦ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨- ١٣ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥- ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣- قارن استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١- ٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مشار إليه في رسالة الدكتور حامد زكي (باشا) ص ١٤٠- ص ١٤١) .
- (٣) ٢ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة مطقة لحدث قهري . إلا أنه يجب أن يكون ذلك مفيداً بمقتضيات عدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حسيبان المتعاقدين وقت التعاقد . وكان من شأنها أن تؤثر على حقوقي الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها في العقد إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال . فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف . ويجب عدلاً العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الحراب . وإن نظرية الطارئ بما لم يكن في حسيبان المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى . إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية . وتلك تتطلب استحالة نسبية . أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاباً للمدين . وإن الروح التى أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تحلى نظرية احترام الظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد . وقد أخذ بتطبيقاتها فى نظرة الميسرة وفى الضرر غير المتوقع (١) . ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة . وقررتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتعسف فى استعمال الحق من حيث أن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص فى القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها . ولكن هذا الحكم القل ما لبث أن نقضته محكمة النقض . وقد قررت هذه المحكمة فى حكمها : وأنه لا ينقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه ، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك . بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب . فلا ينقضى الالتزام . وإذا فالحكم الذى يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما . زعماً بأن القانون المصرى : وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين .

(١) استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ الحامدة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ -  
واسطر نطقاً للدكتور حامد زكى (باشا) فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .



إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك . وبأن في نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر - الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ نظرية حساب الطوارئ في بعض الأحيان . إلا أنه قد استبقى زمامها بيده ، بتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب ، ولمصلحة العاقلين كليهما . فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه <sup>(١)</sup> . ويلاحظ أن محكمة النقض أثبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام ، لا لرده إلى الحد المعقول ، وعلى أساس أن نصوه في القانون المدني القديم تتعارض مع إقرار النظرية . فهي إذن لا تأبى أن يوضح للنظرية نص تشريعي عام يجعل الجزء إنقاص الالتزام لا انقضاءه . بل هي تصرح بذلك في الحكم ذاته إذ تقول : «ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والنفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها . فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغي على قاضي الموضوع اتخاذ من الوسائل القانونية في حق العاقلين كليهما توزيعاً للفرم بينهما» . وقد رأينا أن القانون المدني الجديد قد سد هذا النقص . وأتى بالتشريع الذي كانت محكمة النقض تبتغيه . ومهما يكن من أمر . فإن القضاء الوطني بقي ، في ظل القانون القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة . فقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وتفسيرها ، لا إدخال أي تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين <sup>(٢)</sup> . وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، فقضت بأنه «ليس في أحكام القانون المدني (القديم) ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يربتها العقد ، بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . ولئن كان هذا القانون في المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضي في أحوال استثنائية أن يأذن في الوفاء

(١) نقض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ .

(٢) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ .

على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين .  
وأجاز له في المادة ١٤٥ أن ينظر في أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه . فهذا وذلك استثناء من الأصل كان لابد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب العالمية الأولى وفي أعقابها وفي أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل في عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية - ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ .  
فيتدخل فيما شاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب . ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو .  
وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لا يكون محطاً في تطبيق القانون (١) .

#### ٤١٨ - أروهار هان فى القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة

إذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص . فقد ازدهرت في القانون العام .  
بدأت في القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية ، فهي تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف في هذا القانون .  
ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافقت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوربدو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥ .  
ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد (٢) . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى في هذا المعنى (٣) .

(١) حش مدنى في ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ من ٤٣٥ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ - ٣ - ١٧ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ - ٣ - ٢ - وفي

٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ - ٣ - ٣٣ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه

١٩٢٦ - ٣ - ١٠٨ .

وقد أخذ القضاء الإدارى - دون القضاء المدنى - بنظرية الحوادث الطارئة  
لسببين :

(السبب الأول) أن الأفضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هى تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعت وإلا أفلتت ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدنى فالكثرة الغالبة من أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة . فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى . فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف . أما القضاء المدنى فقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة . وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرهق ، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أفضية إدارية - كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة ، بل كما هى الحال الآن إذ القضاء المدنى فى مصر لا يزال مختصاً بالنظر فى أفضية إدارية مشتركاً فى ذلك مع مجلس الدولة - فإنه يزرع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأفضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية تورب الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها - والقضية التى ننظرها قضية إدارية -

أن تسير وراء مجلس الدولة في فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها .

وقد جند في مصر . لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة . أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإداري . وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدني . (والثاني) ظهور القانون المدني الجديد . وقد وجد فيه القضاء المدني ذاته النص الذي كان يتلمسه للأخذ بالنظرية .

#### ٤١٩ - ظهورها أميراً في القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية

الحوادث الطارئة تنتشر في السنين الأخيرة . حتى في دائرة القانون الخاص . فبدأت تظهر في التقنينات الحديثة . ظهرت في قانون الالتزامات البولوني ، ثم في القانون المدني الإيطالي الجديد ، ثم في القانون المدني المصري الجديد (١) . أما قانون الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص في المادة ٢٦٩ على ما يأتي : «إذا جددت حوادث استثنائية . كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية . فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد . جاز للمحكمة . إذا رأت ضرورة لذلك . تطبيقاً لمبادئ حسن النية . وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين . أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره . بل وأن تقضي بفسخ العقد» .

ثم تلى قانون الالتزامات البولوني القانون المدني الإيطالي الجديد . فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي : «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية . جاز للمتعاقدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد . وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» .

(١) أنظر في هذه النظرية في القانون الإنجليزي مثالا للأستاذ لين أولمان في حواشي القانون التجاري سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ — ورسالة الدكتور حامد زكي (باشا) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٣٠ .

وكانت التفتيشات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو القانون المدني المصري الجديد . وقد مر بنا النص الذي وضعه لهذه النظرية في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

ومرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنيات الحديثة . وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنيات أوردت نصاً عاماً يقرها (١) .

## ب - نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد

### ٤٢٠ - شروط تطبيق النظرية : لنظرية الحوادث الطارئة شروط

أربعة . نبحثها فيما يلي . ولم يأخذ القانون المدني الجديد بالشرط الأول منها : (أولاً) أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراجياً : ذلك أن طرء

حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير متراج . وضرات مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً . فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا أثر القانون المصري - مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي ما يأتي : « وقد استحدثت المشروع ... حكماً بالغ الأهمية ، إذ استثنى مبدأ الضوارئ غير التوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد يادر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى في هذا السبيل قديماً مخالفاً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني . ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدني في فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير التوقعة ، وألغت في هذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي . وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني (٢٦٩م) فيما أورد من أحكام تشريعية في هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين : (أ) فبراعى من ناحية أنه رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير التوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تغير المشروع مرهقاً يتجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحجلاً ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة . (ب) وبراعى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية متبينة الصفة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره ، في بعض ما ساق من - بقا ، فخلط بذلك بين القوة والمعلول » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠ ) .

التراخي فهو شرط غالب ، لا شرط ضرورى . أما القانون الإبطالى فقد نص على ان شرط . بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية . فهى العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدورى ( وهذه هى العقود الزمنية التى مر ذكرها ) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود فى أن هناك فاصلا زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه . فهى عقود متراخية (١)

(ثانياً) أن نجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . مثل ذلك زلزال . أو حرب . أو إضراب مفاجئ . أو قيام تسعيرة رسمية . أو إلغائها . أو ارتفاع باهظ فى الأسعار . أو نزول فاحش فيها . أو استيلاء إدارى . أو وباء ينشر . أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها . ولم يأت النص المصرى بأمثلة . تاركاً ذلك للفقهاء والعمل . وكذلك فعل القانون الإبطالى . أما القانون البولونى فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون احوادث استثنائية . كما فعل القانونان البولونى والإبطالى . ولكن اللجنة المراجعة . رغبة منها فى تضيق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا ترزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد . اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . والمراد بإضافة هذا الوصف - كما قيل فى اللجنة - أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس . كفيضان عال غير متظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض . أو غارة غير متظرة للجراد . أو انتشار وباء (٢) . ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين - كإفلاسه أو موته أو اضطراب

(١) أنظر الدكتور عبد الحى جازى فى عقد المدة م ١٦٣ - م ١٦٦ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فترة ٣٩٧ م ٥٥٥ - هذا ويجب استبعاد العقود التى لا توقعود بالمقاربة فى البورصة لأنها يصنمها نمرض أحد المتعاقدين لحارة جسيمة أو لمكسب كبير ( بلانيول وريبير وإسمان ١ فترة ٣٩٧ م ٥٥٦ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٢٨٢ .

أعماله أو حريق محصوله - لا تكني لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١).

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة (٢) ، وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث في الوسع توقعها (٣) . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه ، فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً : وهنا نرى الفرق بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه (٤) . أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع

(١) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد علمناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ - من ٢٨٤) .

(٢) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان على الالتزام عوداً ، ألزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر .

(٣) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد علمناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قيل في هذه اللجنة وفي لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما الفيضان العالي غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس في الوسع توقعها (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - من ٢٨٤) .

(٤) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، فالمدين الذي أخصى التزامه لاستحالة تنفيذه بذرة لا حرة يتحمل التبعة في سورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه ، إلا أن العقد ينسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذي كان فيه هذا المدين ديناً ، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفسخ .

الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث (١) .

والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارىء معيار مرئ ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ، فإن التعامل مكسب وخسارة .

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد . فلو أن المدين تهدده خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته . نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة . ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه ، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها . ولا يعتمد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هى شئ هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا يفتنى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف موالية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها . فإذا التزم تاجر

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن ننتين وجوه التفرقة بين النظريتين . فالطوارئ غير المتوقعة تنتظم مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم . ولكنه يفتقر عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستجيلاً ، بل يجعله مرهقاً يتجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستعالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يمتثل بالجراء . فالقوة القاهرة تنضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعاً كاملة . أما الطوارئ غير المتوقعة فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المفقول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨١) .



بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافاً مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين (١) .

#### ٤٢١- الجزء الثاني في نظرية الظروف الطارئة : إذا توافرت الشروط المتقدمة

الذكر ، «جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢) . وكان المشروع النهائي للقانون الجديد ينص على أن القاضي «بتقص» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادى وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، توخياً للدقة في تسمية هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائي ، فيصبح على القاضي أن « يرد» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (٣) . وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذى يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق .

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير (٤) . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً

(١) أنظر في هذا المعنى بلاتينول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ من ٥٥٦ .

(٢) هذه هي العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٤ — من ٢٨٦ — أنظر أيضاً آخراً فقرة ٤١٤ (في المامش) .

(٤) بلاتينول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد . فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن في هذا الوقف صرر جسيم يلحق صاحب المبنى (١) .

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرحق . وقد ضرب لذلك مثل في لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب . فيرفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد (٢) » . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله . بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحملة المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف . فإذا فرضنا في المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف في سعر الشعير هو عشرون قرشاً . وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك — ويبلغ في مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة . فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضي السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه . (والأمر الثانى) أن القاضي عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر . بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلاح للمدين . إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء .

(١) غارب من ذلك نظرة البسرة النصور. عليها في المادة ٣٤٦ فقرة ثانية .

(٢) مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٢٨٥ .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المهرق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية . ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ : حرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه ، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المهرق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل (١) .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المهرق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن «يرد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول» . فالالتزام المهرق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول . فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . وبالعالم القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى — كما

(١) بلانيول وريبير وإسان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٨ .

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ «إن أساس النظرية هو نفعية من الجانبين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة ، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ — وأنظر أيضاً فقرة ٤١٤ فى الهامش) .

وأينا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون - بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق في أن يدرك طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة . وقد أراد القانون الإيطالي بالطريقة التي اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضي ، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد (١).

ويبقى أن نلاحظ في شأن الجزاء الذي قرره القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام . فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه . وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال . «وبقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢) . أن مهمة

(١) والجزاء الذي حملته القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة — وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول — هو كما نراه جزء من ييسر على القاضي أن يصلح كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين . ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكم القاضي . وفي هذا يقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : «وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة ، فهي تستهدف للتدبير باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي . بيد أن المشروع قد جهد في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار ، فأضفى عليها صفة مادية يجعل أثرها في تحديد الطوارئ غير المتوقع وفي أعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه . فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء بقدره تقديرأ ذاتياً أو شخصياً كما فعل القانون البولوني في نصه على إثبات خیار المحكمة في هذا الصدد إذا رأته ضرورة لذلك ، بل اتخذ المشروع من عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك» ، (وقد استبدل بها في لجنة المراجعة عبارة «تبعاً للظروف» وهي لا تقل في الموضوعية) بدلاً من هذا النص . وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي الرعة . فضلاً عن ذلك فإذا ثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع ، وعهد إلى أعمال الجزاء بإتمام الالتزام الذي أصبح يحاوز السعة ، فهو ينقص منه إلى «الحد المقبول» ، وهذا قيد آخر مادي الصفة لا نظريته في التقنين البولوني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة في لجنة المراجعة ، وروعي في إثباتها أن الجزاء قد يبدو سوريا لاقية له إذا سمح للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه ، فيستطيع المتعاقد القوي أن على شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف ، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) . وإذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين ثمة القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أولى) ولم يسمح للاتفاق على أن يتحمل المدين ثمة الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة ، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين ثمة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً ، أما الاتفاق على تحمل المدين ثمة الحادث الطارئ فغامرة قد تهون حالة الاضطراب الإقدام عليها . =

القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد . بل يجاوز ذلك إلى تعديله (١) .

## ٤٢٢ - تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الجديد :

ولم يقتصر القانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد ، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما ، نص في نظرة الميسرة (٢) ، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل (٣) .

واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهي تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة . من ذلك ما نراه في عقد الإيجار (٤) ،

== هذا ويجوز للدين المرحق ، بعد وقوع الحادث الطارىء ، أن يتفق مع دائئه على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين . فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارىء ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملاً غير منقوص . (١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي : « وراعى أخيراً أن تطبق نظرية الطوارئ غير التوقفة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ ) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل مفعول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وهذا النص قد يكون في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا وقف القاضي تنفيذ العقد لحادث طارىء ، وقد مرّت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاصاً لتقدير القاضي » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارىء يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لسكن من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تمويضاً عادلاً » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم إذا ==

وفي عقد المفاولة (١) ، وفي حق الارتفاق (٢) .

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للتصوص التشريعية التي وردت في شأنها ، حتى لو خرجت هذه التصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً . بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزاء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣- سريانه الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من ميثاق الزمان : وقد رأينا فيما قدمناه أن القانون القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث

== اقتضى عمله أن يشير على إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك . وتسمى المادة ٦٠١ على أنه : إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موثرهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ . وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة سنة أشهر على الأكثر من موت المستأجر . أنظر أيضاً م ٦١٦ فقرة ٢ في إيجار الأراضي الزراعية — ولاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعها هي حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه : إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التصاقه ، وتباعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد المفاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد . — ولاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي عام ، كما تقتضي بنظرية الحوادث الطارئة ، ولكن النص أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف ما تقتضي به هذه النظرية .

(٢) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه : إذا كان الموضع الذي عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرغى به ، فذلك مما استلزم أن يطلب حل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر مملوك له أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لملك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق . وتنص المادة ١٠٢٩ على أن : لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبنة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به . أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ — وهنا الحادث الطارئ هو حادث شخصي لا حادث عام .

الطارئة ، وأن القانون الجديد هو الذى استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً . وجب البحث عن مدى سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونميز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى - عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك في أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد . فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه . وهذا ما كان القضاء يجرى عليه في ظل القانون القديم .

الحالة الثانية - عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد : لا شك هنا أيضاً في أن القانون الجديد هو الذى يسرى . ونطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة - عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون : كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضى بسريان القانون القديم على هذا العقد، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١) . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا، فإنها تسرى بأثر فوري (effet immédiat) على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذ القانون الجديد، ولا تسرى بأثر رجعي (- effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون (٢) .

(١) والأسهل أن المقدم يحكمه القانون الذى انقصد في ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث أعضاؤه ، حتى أنه لو تكون المقدم في ظل قانون معين ، ثم أتيح أثره أو انقضى في ظل قانون آخر ، فثانون المقدم هو القانون الأول ، ويستبدل القانون الجديد في تطبيقه الرجعي (rétroactif) وفي تطبيقه الفوري (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) في تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص ٥٦٥ - وأنظر في سريان التشريع الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة الدكتور عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٤٣ - ص ١٤٧) .

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام ، طبق بأثر فوري - لا بأثر رجعي - على الحوادث التى تستجد من وقت سريان هذا القانون . مثل ذلك أن يعدل قانون جديد من السعر الاتفاقى للعائدة ، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان القانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التى تستحق منذ سريان هذا القانون . أما الفوائد التى استحققت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعي (أنظر في هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تخفيض السعر الاتفاقى من -

## المبحث الثاني

### المسئولية العقدية (جزاء العقد) (\*)

(La Responsabilité Contractuelle)

#### ٤٢٤ - نظام المسئولية العقدية<sup>(١)</sup> : المسئولية العقدية تقابل المسئولية

التقصيرية . فالأولى جزاء العقد ، والثانية جزاء العمل غير المشروع . ويعتبرا هنا المسئولية العقدية . أما المسئولية التقصيرية فستكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام .

= ٠.٨ إلى ٠.٧ : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٨٤ - وأنظر عكس ذلك محكمة النفس الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جازيت دي مايه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحى حجازى من (١٤٧) .  
(\*) مضى المراجع : مازو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - إداينييه في المسئولية

المدنية - بشكار (ملحق بودرى) جزء ٢٠ - ديموج في الالتزامات جزء ٦ - بلانول وريير وإسمان جزء ١ - بنوايه مذكرات لقسم الدكتوراه - هنرى مازو مذكرات لقسم الدكتوراه - جرانولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - مينييه (Maynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكل سنة ١٩٣٣ - ماري مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - أميو (Amiot) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ - رابوت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ - ليفر (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ - بيل ييكه (Emile Becqué) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٤ من ٢٥١ - ٣٢٠ - كروزيل (Crouzel) مقال في المجلة العامة سنة ١٩٢٦ من ١١ وس ٦٥ - هنرى مازو مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ من ٥٥١ - إسمان مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٣ من ٦٢٧ وما بعدها - فيني (Vigny) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٥ من ٤٢ وما بعدها - بيندكس (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ من ٦٥٧ - جاردنيا (Gardenat) تعليق في الأسبوع القانوني (Sem. Jur.) ١٩٣٩ - ١ - ١٠٢ - نونك (Tunc) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٥ من ٢٣٥ وما بعدها - صليب ساي باشا مقال في المجلة سنة ١٢ عدد ٩ - نصيف زكى بك مقال في المجلة سنة ١٣ عدد ٢ - نظرية المقد للؤلث فقرة ٨٤٨ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٦ وما بعدها - الدكتور احمد شحات أبو ستيت بك فقرة ٣٦١ وما بعدها .  
(١) سنحدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر مايلي فقرة ٥١٣) .



وقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : «يفضل الالتزام جبراً على المدين» . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : «يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً» . فإذا أمكن التنفيذ العيني - وطلبه الدائن - أجبر المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية ، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني - أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني - ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسؤولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتعويض . فعلى القاضي أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى . ونجيب المادة ٢١٥ - وهى نص جوهرى فى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومن ثم وضعت فى الباب المعقود لآثار الالتزام - بأنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه» . فإما إذا كان الأركان التى تقوم عليها المسؤولية العقدية ؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشمل عليها المسؤولية العقدية .

ويتبين مما تقدم أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدى (١) . وهى أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبي . وإنما تتحقق المسؤولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي .

## ٤٢٥ - تسف مسائل المسؤولية العقدية - غلة البحث : ومسائل

المسؤولية العقدية على النحو الذى بسطناه موزعة فى أمكنة متفرقة ونحن نلم شتاتها هنا . ولكننا مع ذلك نترك الكلام فى التمييز بينها وبين المسؤولية

(١) ويترب على ذلك ألا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان عمل الالتزام العقدى هو دفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ الذى هنا ممكن دائماً ، ولا عمل للمسؤولية العقدية ( بلانول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧ ) .

التقصيرية . وهل تعدد المسئولين . وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا . إلى باب العمل غير المشروع . وترك كذلك الكلام في تقدير التعويض تقدير أفضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . وما يسبق استحقاق التعويض من إعدار ، إلى الجزء الذي نتناول فيه الكلام في آثار الالتزام (١) .

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسؤولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا . ولكننا - توخياً للإيجاز - سندمج آثار المسؤولية العقدية في أركانها ، على خلاف الخطوة التي سننبعها في المسؤولية التقصيرية إذ يقتضى المقام هناك الإسهاب والتبسط .

وأركان المسؤولية العقدية - كأركان المسؤولية التقصيرية - ثلاثة : (١) الخطأ العقدي . (٢) الضرر . (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ونبحثها الآن ركناً ركناً .

## المطلب الأول

### الخطأ العقدي

( La faute contractuelle )

## ٤٢٦ - مسائل مهمات : الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأ

الشخصي . ولكنه قد يكون مسئولاً عن عمل الغير أو عن الأشياء التي في حراسته ، كما هو الأمر في المسؤولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فتنح نبحت إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي . (٢) المسؤولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

---

(٢) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسؤولية التقصيرية تسرى على المسؤولية العقدية . ولستطيع أن أقرر بوجه عام أن كل ما سيقال في المسؤولية التقصيرية ينطبق على المسؤولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التي تفرها في المسؤولية العقدية . من المائل التي تتعد فيها أحكام هذين النوعين من المسؤولية : علاقة السببية والسبب الأجنبي - السبب المنتج والسبب المباشر - دعوى المسؤولية - تهديد الضرر - التأمين من المسؤولية ألغ ألغ .

## ١٩ - الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي

٤٢٧ - مذهب الخطأ العقدي : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد . فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة في هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧ فقرة أولى : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » . وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » . وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى : « يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . وتقول المادة ٢١٥ : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه » .

فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي . ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد . أو عن إهماله . أو عن فعله ( أى دون عمد أو إهمال ) . بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي ، فإن علاقة السببية - وهى ركن في المسئولية العقدية - تنعدم ، ولا تتحقق المسئولية على ما سنرى . وعلى هذا الوجه ينبغي فهم المادة ٣٧٣ ، وهى تنص على أنه « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد ، أيا كان السبب في ذلك .

## ٤٢٨ - نوعان من الالتزامات : الالتزام بتعويض غاية والالتزام

ببذل عناية : ولكن يجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات . فهناك التزام بتنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام .

فالالتزام ينقل حق عيني - أي كان محل الحق - والالتزام بعمل معين - تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك - والالتزام بالامتناع عن مل معين . كل هذه الالتزامات بقصد بها تحقيق غاية معينة . هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل . فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية - أي كأن السبب في ذلك - بئى الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في النسخة الفرنسية بعبارة ( obligation de résultat ) . ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية» .

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام يبذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته . والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقدراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . فتبذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود . فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد ( م ٥٨٣ فقرة أولى) . وعلى المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشيء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة أولى) . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) . وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام فى عمومها ، فتست على ما يأتى :

١ - فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه ، فإن

المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى . وأولم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ - وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) . وقد استُطِيع على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود - ٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله فى شؤونه الخاصة ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصداً ذلك . وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وفى لجنة المراجعة أضيفت البارة الآتية فى آخر الفقرة الأولى : « هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة التالية اكتفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بعض تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد فى القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ٢١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٣١ - من ٥٣٤ ) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين . تنتظم أولاهما ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشيء ، أو إدارته أو توخى الحيلة فى تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما يتصل بالالتزام فيه بسلوك الملتزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام . والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد ، فهى بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف فى عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيا كان مبلغ تشده أو اعتداله أو تساهله فى العناية بشؤون نفسه . على أن نية المتعاقدين قد تصرف إلى الدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين . ومن ذلك ما يقع فى الوكالة والوديعة غير المأجورة . فبالأولى ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منهما بشؤونه الخاصة ، دون أن تتجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى تقدير ذلك يقصد فى عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين - يبذل ما يبذل من العناية فى شؤونه الخاصة ، على ألا يقصر فى ذلك عن درجة العناية الوسطى . ومتى تفرقت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير فى بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يربط مسئولية المدين . ومهما يكن من أمر فن السلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٣٢ - من ٥٣٣ ) .

بعبارة (obligation de moyen) أو بعبارة : obligation générale de prudence et diligence) وتسميه نحن « الالتزام ببذل عناية (١) » .

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية (٢) . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة (٣) .

## ٤٢٩ — إثبات الخطأ العقدي : والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات

الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه (م ٣٨٩) . ولكن مجال

(١) وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، وهو التزام قانوني ، التزام ببذل عناية . والالتزام بعدم الإضرار على حساب الغير ، وهو أيضاً التزام قانوني ، التزام بغاية .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٩ — ٢ والمواشئ والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة . وعند مازو يكون خطأ عقدياً في الالتزام غاية ألا ينفذ المدين الترابه عمداً أو بإهماله أو بفعله . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبي هي انعدام الخطأ (absence de faute) ، وما لم يوجد سبب أجنبي فالخطأ العقدي قائم لبطئ منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ العقدي يكون قائماً حتى مع وجود السبب الأجنبي ، فالسبب الأجنبي لا يفي الخطأ بل يفي علاقة السببية كما هو معروف . (أنظر الدكتور سايغان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٩٣ — ص ٩٦) — ويقول مازو إن معيار الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيري ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها بعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، وسري أن هذا هو أيضاً معيار الخطأ التقصيري (مازو ١ فقرة ٦٧٣ — ٢) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الرضبة هذا المذهب في حكم حديث لها جاء فيه ما يأتي : « إن الخطأ في المسؤولية التماقدية هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت الالتزام قيام السبب الخارجي الذي يدعى به . وفي هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذي نبي عليه مسؤولية الملتزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بنبوته ، فإنه بالنسبة للالتزام بغاية — ومثله كما هو مقرر فيها الالتزام الضمني في عقد النقل بسلامة الراكب في أثنائه — ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أي عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم ، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التي تمهد بها ، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما بين من سلوك الملتزم ومطابقته لا بسلوك الرجل الحرص (استئناف الإسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) .

تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (العقد مثلاً) . فإذا ادعى المدين أنه نفذه فعليه هو أن يثبت ذلك . وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني . أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذي يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه (١) . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن يثبت الضرر ، وكانت علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سئرى . فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذي أصابه يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات . فاستحق التعويض . وهذا ما لم ينف المدين السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبي .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففي الالتزام بغاية ، كالالتزام البائع بنقل ملكية المبيع . يثبت الدائن — وهو هنا المشتري — عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع . لأنه ملزم بتحقيق غاية . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسئوليته العقدية متحققة . ولا نقول هنا — كما كان يقال عادة — إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدي مفروضاً في جانبه ، بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي ، وقد أثبتته الدائن ، فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين . بل هو خطأ ثابت (٢) . وللبيع ، عند ما يثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشتري يثبت الخطأ العقدي على النحو الذي بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل لإدخال المطالبة بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني .

(١) ملزوم ١٠ فترة ٦٩٤ والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة .

(٢) ملزوم ١٠ فترة ٦٦٢ — ٢ ص ٦٦٩ — ص ٦٢٠ .

وفى الالتزام بعناية . كالتزام الطبيب بعلاج المريض (١) ، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه وهذا هو العقد الصريح أو الضمني — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبدل في علاجه العناية المطلوبة . بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي . فتتعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي . بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض (٢) .

(١) التزام الطبيب بملاح المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هي شفاء المريض ، بل هو التزام يبدل العناية الواجبة في علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٧ — الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية المدنية ص ٨٩ — ص ٩٧ — ومع ذلك فارن بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٦٩٩ — نظرية العقد للوئلف فقرة ٨٥١ — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٣ وقرة ٣١٨ — فقرة ٣٢١ .

وأصحاب الرأي الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدعى ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فالدائن يثبت الالتزام . وعلى المدعى بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فإن عجز المدعى عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . غير أنه في الالتزام يبدل عناية ، إذا عجز المدعى عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه ، فالطالب أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فالمدعى في المسؤولية العقدية هو الذى يقع عليه إذن عبء الإثبات . أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة ، فمن المقبول أن تفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالتزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات ، فعلى هذا المدعى أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فإن أثره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبدأ الدائن بإثبات الالتزام . ثم هو لا يقف مكتوف اليدين بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت المدعى أنه قد نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبدأ المدعى مقدماً ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدعى من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تهديم ما عنده من الأدلة ، =



### ٤٣٠ - نظرية المهجورة - ندرج الخطأ (gradation des fautes) :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص الممهل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به - وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معناد - وخطأ نافع (culpa levissima) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير - وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ النافع .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني ، وهي ليست منه ، بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم . نرى دوماً يرسم خطوطها الرئيسية (١) ، ونراها مبسطة بوضوح عند بوتييه (٢) . ولكنها هجرت في القانون الحديث . وهي نظرية متقدمة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ، فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدي في جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه . وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً . وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً . وقد يكون مقصراً تقصيراً نافعاً .

= بل يقدم بأدلة هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلة ، والتقاضى يوازن ما بينهما ، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر . فإن كان هو الدائن ، حكم له بالتنفيذ العيني أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه . وإن كان هو المدين ، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام . (فارن مازو ١ ص ٦٤٥ - ص ٦٥٣) .

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه . وهو مسئول عن خطأه فى جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك . فقلنا إن المدين قد يتمتع من تنفيذ التزامه سبب أجنبى كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدى قائماً لأنه لم ينفذ التزامه . وإن كانت رابطة السببية تنقضى بوجود السبب الأجنبى ، فتتعدم المسؤولية لانعدام السببية لانعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدنى الفرنسى ، هما المادتان ١١٤٧ و ١١٣٧ . تنافض ظاهرى لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبى لا يد له فيه . والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد . ولا تنافض ما بين النصين كما قدمنا . فلكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدى . وهذا صحيح . وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية . ويكون المدين مسئولاً عن هذا الخطأ إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبى . أما المادة ١١٣٧ فهى لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تنطبق إذن على جميع الالتزامات . سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية . والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية ، وتتناولها لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام (١) . وقد أتى القانون المصرى الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى (٢) . فالمادة ٢١٥ تقضى بأن المدين يحكم

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٦٥٩ - فقرة ٦٦١ ، وانظر فى هامش فقرة ٦٥٩ عرساً للآراء المختلفة فى محاولة التوفيق ما بين النصين - الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للإعفاء من السولية المدنية ص ٧٤ - ص ١٠٠ - وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ . (٢) أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصى القانون الفرنسى المتقدم ذكرهما ، وإن كان قد أورد فى بعض نصوصه ما يفيد أن الدين لا يكون مشلولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ خطأً منه (أنظر المواد ١١٩/ ١٧٧ و ١٧٨ - ١٧٨ =

عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه ، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ نافع تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقصى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن القانون المصري الجديد (١) . فقد جاء واضحاً كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد (م ٢١١) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل

---

= ٢٤٠ - ٢٤١) . ولكن الفقه والقضاء في مصر ، في ظل القانون القديم ، كانا يفسران هذه التصوص بما يفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه في المقد يمد خطأ في جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرقص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ١٠٧ - ص ١١٢) .

(١) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصاً كمنص المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلاً للمادتان ٣٧٦/ ٤٦١ في الإيجار والمادتان ٤٨٢/ ٥٩٠ في الوديعة ) ، ويطلب طوراً العناية التامة فيعاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلاً المواد ٤٦٨ - ٤٦٩/ ٥٦٩ - ٥٧١ في عارية الاستعمال) ، فلم يكن واضحاً لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في غيرها .

المعتاد كما رأينا فيما تقدم (١). كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لها الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧ فقرة ٢). وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في الإعفاء من المسؤولية (٢).

## ٢٨ - المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

### ١ - المسؤولية العقدية عن الغير :

٤٣١ - نطاق المسؤولية العقدية عن الغير : المسؤولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدي ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذي أضر بالدائن في الالتزام العقدي . فيوجد إذن : (١) المسئول وهو المدين في الالتزام العقدي . (٢) والمضروب وهو الدائن في هذا الالتزام . (٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر : المسئول هنا هو المستأجر ، والمضروب هو المؤجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلي ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك

(١) أنظر مثلاً المادة ٥٢١ في الحركة ، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ في الإيجار ، والمادة ٦٤١ في العارية ، والمادة ٦٨٥ في عقد السل ، والمادة ٧٠٤ في الوكالة ، والمادة ٧٢٠ في الوديعة . (٢) وهذه بعض أمثلة نصيرية من القانون الجديد للمسؤولية العقدية في بعض العقود المسماة : عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بنائية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ - والتزام البائع بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية هو التزام بنائية م ٤٣٩ و ٤٤٧) - عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بنائية م ٥٨٣ - والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بنائية م ٥٨٤ - والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بنائية م ٥٩٠) - عقد العارية (التزام المعير بتسليم العين التزام بنائية م ٦٣٦ - والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بنائية م ٦٤١ - والتزام المستعير برد العين التزام بنائية م ٦٤٢) - عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بنائية م ٧٠٤) - عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بنائية م ٧٢٠ - والتزام المودع عنده برد العين التزام بنائية م ٧٢٢) - عقد رهن المحلظة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون التزام بنائية والتزامه برده التزام بنائية م ١٩٠٣ وقد قضت الالتزامين معاً) .

أن هناك حدين لنطاق المسؤولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثاني أن يكون الغير معهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، فذلك لأن مسؤولية المسئول نحو المضروب هي مسؤولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسؤولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذي أحدث الضرر ، لا بين المسئول والمضروب ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضروب في أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، سنفصلها في مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسؤولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن المسئول ، المفاوضة في عقد ، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسؤولية عن الغير هنا لا تكون عقدية ، لأن العقد بين المسئول والمضروب لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات . ويجوز أن تقوم في هذا المثل مسؤولية تقصيرية ، هي مسؤولية المتبوع عن تابعه ، إذا توافرت أركانها . وإذا انعقد العقد غير صحيح في المثل الذي نحن بصدده ، فإن المسؤولية لا تكون هنا أيضاً مسؤولية عقدية . إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسؤولية — إذا تحققت — من العقد ، بل تكون مسؤولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذي أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب في البطلان ، فيكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية هي مسؤولية المتبوع عن التابع . فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضروب .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه في تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه في ذلك ، فإن تدخله في الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسؤولية المدين ، ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير . فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد : فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم ، حتى لو كانوا

مستأجرين من نفس المؤجر (١)، في انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك ، فإن مسؤولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسئولية عقدية ، ولكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبي ، ففتنئذ تنفى مسئولية المؤجر بتاتاً . كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين ، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد ممن يسكن معه ، ومسئولته في الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التكليف مسؤولاً عن الغير مسئولية عقدية . مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن قائمه في تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولى أو الوصى أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولى أو الوصى أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير .

### ٤٣٢ - نصوص القانون المدني الجدير بالذكر في المسئولية العقدية

عن الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسئولية العقدية عن الغير ، على غرار النص الذى يقرر القاعدة العامة في المسئولية التصهيرية عن عمل الغير (٢) . ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » . ونقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فما دام

(١) أنظر المادة ٥٢١ • فقرة ٢ من القانون المدنى الجديد .

(٢) وهو نص المادة ١٧٤ الذى يقرر مسئولية التبرع عن تاجه .

أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسؤولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً . هو أن المدين مسئول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدى .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة : من ذلك عقد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي : « ١ - على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع . ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر . ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عن تلقوا الحق منه إنما هى مسؤولية عقدية عن عمل شخصى ، أما مسؤوليته عن الأعمال التى تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهى مسؤولية عقدية عن عمل الغير (١) .

وفى عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي : « ١ - يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملة أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ - ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل » . فهذا نص صريح فى مسؤولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهى مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

وفى عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتي : « إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ،

(١) أنظر أيضاً فى مسؤولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو التنازل له عن الإيجار المواد ٥٩٥ - ٥٩٧ .

ويكون الوكيل ونائبه في هذه لحالة متضامين في المسؤولية. وهنا أيضاً نفس صريح في مسؤولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل ، وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

### ٤٣٣ - شروط المسؤولية العقدية عن الغير وأخطاؤها: ويتبين مما تقدم

أن الغير الذي يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً - اتفاقاً أو قانوناً - بتنفيذ العقد . فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولاً عنهم نحو رب العمل . والمستأجر من الباطن والمنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولاً عنهما نحو المؤجر . وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتابعون يكون أمين النقل الأصلي مسئولاً عنهم نحو العميل . والبواب يكون صاحب المنزل مسئولاً عنه نحو المستأجرين (١) . ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولاً عنه نحو الموكل . والولي والوصي والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولاً عنهم نحو المتعاقد الآخر . وبوجه عام كل من كلف - اتفاقاً أو قانوناً - بالحلول محل المدين في تنفيذ الالتزام ، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصي ، أو بمساعدته في تنفيذه ، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين ، يكون هو «الغير» في المسؤولية العقدية عن الغير . ولا يشترط في الغير هنا ، كما يشترط في المسؤولية التقصيرية ، أن يكون تابعاً . فقد رأينا أن الولي والوصي والقيم يعتبرون «غيراً» في هذه المسؤولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» في المسؤولية التقصيرية .

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه ، على النحو الذي ستراه في مسؤولية المتبوع عن التابع . وخطأ الغير في الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها ، وفي الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة ، فخطأه هو وخطأ الأصل سواء .

فلذا توافرت هذه الشروط تحققت المسؤولية العقدية عن الغير ، وبصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذي استخدمه في تنفيذ التزامه . واختلف في الأساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية . فمنهم من يقيّمها على خطأ مفروض

---

(١) أنظر في المسؤولية العقدية عن البواب ، في صدد سائلين هامتين هما سرعة المنزل وضياح المراسلات ، مازو ١ فقرة ٩٩٧ - ٢ .



فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة . ومنهم من يبينها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف عينه نجده في تأصيل مسؤولية المتبوع عن التابع . وسنتكلم فيه هنا بالتفصيل .  
وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسؤولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثاني إما بالمسؤولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد . وإما بالمسؤولية التقصيرية إذا كان الثاني مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون .

### ب - المسؤولية العقدية عن الأشياء :

٤٣٤ - نطاق المسؤولية العقدية عن الأشياء : إذا لم يحم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى « فعل الشيء » (fait de la chose) ، أى إلى تدخل إيجابى من شيء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسؤولية التقصيرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولاً مسؤولية عقدية ولكن لا عن « فعله الشخصى » بل عن « فعل الشيء » . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

(١) يسلم المدين الشيء محل العقد للدائن - البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتفجر الآلة فى يد المشتري وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله . هنا يصبح البائع مسئولاً بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها ، بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة . فيكون البائع مسئولاً مسؤولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء .

(٢) يكون المدين مسئولاً عن رد الشيء محل العقد للدائن ، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شئ آخر فى حراسة المستأجر - كمواد متفجرة - تدخلا إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشيء ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء ، والشيء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤذى هذا الشيء الدائن . ويكون المدين مسئولاً عن سلامة الدائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل ، ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة ، قطار أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك ، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطائرة ، فيصاب الراكب بالضرر . هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب ، إذ هو ملزم سلامته ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية . ولكن لا عن فعله الشخصي ، بل عن فعل الشيء .

### ٤٣٥ - المسئولية العقدية عن الأشياء والمسئولية العقدية عن الفعل

الشخصي تحكمها قواعد واحدة : والفروض الثلاثة التي قدمناها لا فرق في الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصي . فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية . وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصي أو إلى فعل شيء في حراسته ، فمسئوليته متحققة في الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما . ويعتبر فعل الشيء في الفروض المتقدمة هو فعل شخصي للمتعاقد ، لأن الشيء في حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هي كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصي (١)

### ٣٨ - تعديل قواعد المسئولية العقدية

### ٤٣٦ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق التأمين على

المسئولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية . ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد . فيستوى التأمين في المسئوليتين . وتتنوع قواعد التأمين أيضاً ، وسنفصلها عند الكلام في المسئولية التقصيرية .

### ٤٣٧ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق الاتفاق - النص

الفأثرية : تنص المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) أنظر في الموضوع ما زو ٢ ص ٣٢٥ - س ٣٤١ .

١٥ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ - بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة فى الالتزام ببذل عناية هى عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف - على ما يأتى : « وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وقد سبق ذكر النص بأكمله (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف لفظى لطيف . وقد أدخل هذا التعديل اللفظى فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابعا للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقييما لقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن . فقد يحمل عبء المسئولية أحد وقرأ بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث فجائى ، وبهذا يكون المدين مؤمنا للعاث من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على تقيض ذلك ، باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، أما كانت درجة الخطأ ، ويمتثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته لنظام العام . على أن ذلك لا ينطبق جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيما ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

(٢) انظر آخرا فقرة ٤٢٨ - وأنظر تاريخ النص فى هامش هذه الفقرة .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الاتفاقى من قواعد المسؤولية العقدية . وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيداها في نصوص تشريعية .

### ٤٣٨ - الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق :

ولما كانت المسؤولية العقدية منشأها العقد ، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية . فإن لها أن تعدلها . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية . وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة . بل هي حكم القانون . وسرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعد الاتفاق . كما جاز في المسؤولية العقدية .

### ٤٣٩ - الأمثلة التي قررتها النصوص في جواز تعديل المسؤولية

العقدية بالاتفاق : والأحكام التي قررتها النصوص . والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بعد أن قضتها نصوص تشريعية . يمكن ردها إلى مبدئين رئيسيين :

**المبدأ الأول :** يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية .

فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي . ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن (١) . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بالألّا يجعل المدين مسئولاً حتى عن تقصيره .

**والمبدأ الثانى :** يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز

التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من

(١) استشاف مخطوط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ .

المسئولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي : لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالسلع العمد ، وبأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً . فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض (١) .

#### ٤٤٠ - تحليل لهذه الأمثلة وتطبيقها على الالتزام بنجاة والالتزام

بجناية : وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسؤولية

(١) استئناف مختلط فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ - وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - والتون ٢ ص ٢٧٠ - ٢٧٢ - الدكتور عبد السلام ذهى بك فقرة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح بك فى أصول التمهيدات فقرة ٤٧ .

وفى عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسؤولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط فى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣) . وكان من شأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ - وفى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسؤولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - قارن استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ - أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ - م ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلطة على حكم قانون رابيه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التشديد فى مسؤولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر فى هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ - م ٢٨٣) . وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسؤولية فى عقود النقل .

أما الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية العقدية عن عمل الغير فى الخطأ اليسير فغائر فى مصر وفى القضاء والفقه (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - والتون ٢ ص ٢٧٢ - م ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً ، فكان القضاء فى مصر لا يبيح الإعفاء من المسؤولية (استئناف مختلط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ، وبعبارة الفقه فى الخطأ الجسيم (التون ٢ ص ٢٧١ - م ٢٧٢) ، والقانون المدنى الجديد يبيحه حتى فى العمد كما بينا (قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧) . هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالمدبر أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن يعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها .

العقدية . رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي . وتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً (١) .

ففي الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها . لا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون المدين مسؤولاً عن الفعل العمد . وعن أى خطأ ، جسماً كان أو سيراً أو تافهاً . بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي ، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صوره ، فلا يكون المدين مسؤولاً عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك يتقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون المدين مسؤولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً (٢) . وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسؤولية ، فيشترط إعفائه من المسؤولية عن الخطأ التافه . ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تتدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى التافه ، هو القدر الذي يصلح لتقاع في رأينا من نظرية تفرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه الأخطاء التدرجية على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فحاده وكان السبب في هجر النظرية .

(٢) ويقع عبء الإثبات في المسؤولية العقدية المخففة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسؤولية العقدية الكاملة ، فأولى أن يقع في المسؤولية المخففة . ففي عقد النقل — حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب ، والتزامه التزام غاية فيكون مسؤولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي — إذا اشترط أمين النقل إعفائه من المسؤولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين النقل مسؤولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يسيراً ، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل . أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب ، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسؤولية يسقط المسؤولية العقدية ، فتبقى المسؤولية التقصيرية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين النقل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالحيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وسرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه لا خيرة بين السببيلتين ، وأن المسؤولية العقدية إذا تحققت لا تنفع للمسؤولية التقصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر في هذا الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (فقرة ٤٤١) .

مستولا إلا إذا أثبت الدائن في جانبه عمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته . ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم . ما لم تكن المسؤولية مرتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك (١) . وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع . وهو التزام بغاية . يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق . أو أن ينقصا منه . أو أن يسقطا هذا الضمان » . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه «ينفع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » . وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة . حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص . هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي . ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولاً عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسؤولية . فيصبح مسئولاً عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية . إذ يصبح المدين مسئولاً عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد في مسؤوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد بتخفف من مسؤوليته ، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما ، ما لم تكن المسؤولية مرتبة على فعل الغير .

(١) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ — وري الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفائه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

وفى من ذلك أن الالتزام بغاية قد يتقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد يتقلب إلى التزام بغاية ، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ الزافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، بتدرج المدين في مسؤوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التفسير الجوهري للالتزام إلى التزام بغاية والالتزام بعناية (١) .

#### ٤٤١ - الالتزام الذي ترتب على شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً على النحو الذي فصلناه ، فإنه يعنى المدين من المسؤولية بالقدر الذى يتسع له الشرط . ويبقى المدين مسئولاً فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسى - واقتدى به القضاء

(١) هذه القواعد التى بسطناها في الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية العقدية في حاجة إلى مزيد من التأمل في فروض ثلاثة ، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دحضها :

(١) قد تشترط شركة إعفاءها من المسؤولية العقدية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقى التقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير ، وكان الواجب أن يشترط كذا لا يصح . وردنا على ذلك ما قدمناه من أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلاً عنها ، بل يعتبر أداة لها (organe) ، فشولية الشركة عن فعله تعتبر مشولية عن فعل شخصى لاعتق الغير . فلا يجوز إذن لشركة أن تنفى نفسها من المسؤولية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء .

(ب) تستطيع شركات النقل أن تنفى نفسها من المسؤولية عن السرقات التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدمة ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

(ج) يستطيع المدين أن ينفى نفسه من المسؤولية العقدية عن الضرر الذى يحدثه باللائق في جسمه بخطأه اليسير ، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدمة ذكرها ، مع أن هناك ميلاً إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا في الضرر الذى يلحق المال دون الجسم (أنظر ما زو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هذا الشرط في عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض ، فيجوز للقاضى أن يبطله ، وما إذا ورد في غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسى يعتبر الشرط صحيحاً في جميع الأحوال . ويحسن ، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر في شأنه تشريع خاص يواجه ملبساته المختلفة .



المصرى في ظل القانون القديم - يضيّق من أثر شرط الإعفاء . فعنده أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية ، وللدائن الخيرة بين هاتين المسؤوليتين . فإذا كان هناك شرط يعنى من المسؤولية العقدية ، بقيت المسؤولية التقصيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ في جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسؤولية العقدية وقد أعنى المدين منها ، بل على أساس المسؤولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام . فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . وهذه النتيجة تازم من يقول بالخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعنى المدين من المسؤولية العقدية . ولا محل للمسؤولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك (١) .

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . ويصعب في كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء . لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً في ورقة مطبوعة هي « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » . أو في ورقة موضوعة في مكان غير ظاهر في فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صعوبتان في مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء : أولاهما احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنصية الإرادة الباطنة . والثانية أن الشرط - بفرض أن الدائن قد رآه - ولم يعترض عليه - قد يعتبر شرط إذعان تعسفى للقاضي أن يبطله . أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باطلاً وفقاً للقواعد التي

(١) هذا وقد قدّمنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسؤولية العقدية في بعض العقود ، وبخاصة في عقد النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ ذاته . فإذا استقام هذا التفسير في عقد ، جاز القول في نظرنا إن مسؤولية المدين العقدية - لا التقصيرية - تتحقق إذا أثبت الدائن في جانب المدين خطأ يسيراً . ويكون الخطأ في هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً ( أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ في الهامش ) . ولكن ينبغي أن يتناول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كل ما يمكن الإعفاء منه في هذه المسؤولية ، فيشمل المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ ذاته عن الخطأ يسيراً . دون المسؤولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم . فهذان لا يجوز الإعفاء من مسؤولية عنهما كما قدّمنا .

تقدم ذكرها . فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء (١) .

## المطلب الثانى

### الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢- عبء إثبات الضرر : الركن الثانى فى المسؤولية العقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية فى ذمة المدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدى ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصبب الدائن ضرر من ذلك . ففى عقد النقل مثلاً ، إذا تأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة . أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكتفى لاستخلاص وجود الضرر ، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر (٢) .

ويستثنى من ذلك فوائد التقود . فإذا استحققت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته . بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت : « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » .

(١) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٢ - فقرة ٢٥٦٤ . وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد كله ، ولا يتحقق هنا نادراً .

وتسرى القواعد التى قدمناها فى صورتين نعتبران إعفاء اتفاقياً عموماً من المسؤولية العقدية : ( الصورة الأولى ) أن يشترط المدين فى المسؤولية العقدية ألا يتجاوز مشوبته ، إذا تحققت ، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً بقصد به الإعفاء الكامل من المسؤولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلاً للضرر ، فهذا هو الشرط الجزائى . ( والصورة الثانية ) أن يشترط المدين فى المسؤولية العقدية مدة لتفادى التزامه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً .

(٢) أنظر فيما يتعلق بعقد النقل مازو ٢ فقرة ١٦٨٢ .

أما الشرط الجزائي فلا يغني عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

### ٤٤٣ - مسألتاه للبحث : والضرر إما أن يكون مادياً أو أديباً . والتعويض

عن الضرر في المسؤولية العقدية محدود المدى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الضرر المادى والضرر الأديبى . (٢) مدى التعويض عن الضرر .

## § ١ - الضرر المادى والضرر الأديبى

### ٤٤٤ - كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأديبى :

قد يصيب الدائن في المسؤولية العقدية ضرر مادى في ماله أو في جسمه ، كالمعير لا يستطيع استرداد الشيء المعار ، وكالراكب يؤذى في سلامته عند النقل . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ولكن قد يكون الضرر ، وهذا نادر في المسؤولية العقدية ، أديباً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

ويجب على كل حال في الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هذا الشرط في الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأديبى .

### أ - الضرر المادى (préjudice matériel) :

### ٤٤٥ - الضرر الحال (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر

الذى وقع فعلاً . والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سترى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا

كلّف الموكل وكيله أن يقيد رهنًا لمصاحته . فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

٤٤٦ - **الضرر المستقبل (préjudice futur)** : وقد لا يقع الضرر في الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات بدخرها للمستقبل من الأيام . فيخلل المورد بالتزامه نحوه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية . ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً عندما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الحديد الذي تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال . إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بخادث في أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض . وجب التريص حتى يُعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسنعالج هذه المسألة بتفصيل أوفى في المسؤولية التقصيرية .

٤٤٧ - **الضرر المحتمل (préjudice éventuel)** : وقد يكون الضرر محتملاً : لاهو قد تحقق فعلاً ، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تهدم العين . فالخلل ضرر حال ، ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق . وسنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق كما قدمنا ، وتفويت الفرصة ، ويعوض عنه في الحال .

ب - **الضرر الأدبي (préjudice moral)** :

٤٤٨ - **أُمتدّ على الضرر الأدبي في المسؤولية العينية** : سنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسد فيلحق به من

ألم أرَ يحدث فيه من تشويه . وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض . وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً في المسؤولية النفسية . فإن وقوعه في المسؤولية العقدية نادر . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقدين في تنفيذ العقد . فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يذيع الطبيب سرّاً للمريض لا تجوز إذاعته . فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . وقد يشتري شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً . والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فني ، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً ، قد يرى في هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته . والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيخ جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

#### ٤٤٩ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية :

وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام ، وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية . ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تميز هذا التعويض ، وقد ردد دوماً وهوبتيه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم

القانون الروماني . ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تجزئ التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية (١) .

أما في القانون المصري ، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاءً (٢) . وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بنقضي اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

٤٥٠ - إمامة : وسنتوفى بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . فإيقال هناك ينطق هنا ، وبخاصة في تعيين من نه حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

## ٢ § - مدى التعويض عن الضرر

### ٤٥١ - الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوضه عنه في المسئولية

العقدية : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً . لأن المسئولية العقدية ولا في المسئولية التقصيرية . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) .

ولكن في المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

«ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

(١) أنظر في الفقه الفرنسي مازو ١ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٤ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ من ٩٥٩ .

التعاقد (١) .

ونأى بمثال يوضح ذلك تنقله عن « نظرية العقد (٢) » : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم شرطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة . وتلت بعض المفروشات في أثناء النقل ثم يكون في المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع . وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع . وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أدخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية . ولا يكون المدين مسؤولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً حتى في المسؤولية التقصيرية (٣) .

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسؤولية عقدية لا تعويض

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦ ) .

ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٢٢/١٨٠ من هذا القانون ، ويجريان على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين ، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع المحصول عقلاً وقت العقد » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويكون للمسؤولية التعاقدية ، في حالتها الفسخ والخطأ الجسيم ، حكم المسؤولية التقصيرية . أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتعطل عن الوفاء بمجردهما ، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . فإذا لم يتحقق و النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسؤولية التعاقدية وسقط وجوب التوحيش عنها . وبراغم في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مده » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥ ) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩ .

(٣) استضاف محتاط في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — نفس فرنسي في ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيرة ١٩١٧ — ١ — ٣٨ .

فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية ، لم يكن أمين النقل مسئولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسهم الشخصي ، لا باعتبارهم ورثة ، فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية . ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم . لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع (١) .

## ٤٥٢ - ماذا يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر

**المتوقع :** ويقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر . فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش - أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين . فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . وينتقد الأستاذان هنرى وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولاً بالعقد ، حتى لو كان سبب النية في عدم تنفيذه . ويربان أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون (٢) . ونرى من جانبنا أن نلتمس مبرراً للقاعدة في الاعتبار الآتية : الأصل في المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإرادة المتعاقدين هي التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افترضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاق يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار

(١) مازو ٣ فقرة ٢٢٧٧ .

(٢) أنظر مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥ - ٣ إلى فقرة ٢٣٧٦ .



الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في -التي غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر . متوقعاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاق الذي يعدل من مقدار المسؤولية . ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التي سنسطها الآن في تحديد الضرر المتوقع .

### ٤٥٣ - تحديد الضرر المتوقع - توقع سبب الضرر ومقداره - معيار

**موضوعي :** لما كان مفروضاً أن المدين في المسؤولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا . وجب . جرياً وراء هذا الفرض المعقول . أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا في سببه فحسب ، بل أيضاً في مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل « طرد » ، ثم ضاع « الطرد » في الطريق ، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد . فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع « الطرد » ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة « للطرد » ، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره (١).

وينبغي أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسئولاً عنه ، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد . وهذا هو ما ورد صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي . فالضرر المتوقع هو - كما يقول النص - الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ، أي الضرر

(١) تقرير فرنسي في ٧ يولية سنة ١٩٢٤ بضميه ١٩٢٥ - ١ - ٣٢١ - ومع ذلك أنظر تقرير فرنسي في ١١ يولية سنة ١٩٢٨ جازت حتى باله ١٩٢٨ - ٢ - ٣٢٧ - مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨ .

الذى يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين .  
لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين في تبين الظروف  
التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر . فإن الضرر يعتبر متوقفاً ، لأن  
الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين  
للضرر يرجع إلى فعل الدائن . كأن سككت الدائن عن إخطار شركة النقل  
بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره . فإن الشركة لا تكون  
مسئولة عن هذا الضرر . إذ من حقها ألا تتوقعه . وهذا ما كان الشخص  
المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة . للحصول  
مثلاً على تعريفه مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى  
يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء  
بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر . فيكون المدين  
معذوراً إذا لم يتوقعه . فإذا سككت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد  
الوصول في الميعاد لأنه سيشارك في سباق ، أو سيؤدي امتحاناً . أو سيحضر  
اجتماعاً هاماً ، أو سيمضي عقداً ، أو سيتقدم في مزاد ، أو نحو ذلك من  
الأشياء العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسؤولاً  
عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ،  
وإنما يكون مسئولاً عن الضرر الذى ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة . أما  
إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب  
أجنبي عنهما معاً ، فإن الميار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذى يطبق في  
هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية  
يتوقع الضرر أو لا يتوقعه (١) .

### المطلب الثالث

### علاقة السببية بين الخطأ والضرر

( Lien de causalité )

٤٥٤- عبء الإثبات : لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب

أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية

(١) أنظر اتفاقاً لتأدية قصر التولية العقدية على الضرر المتوقع في مازو ٣ فقرة ٢٣٩١ .

ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين . كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن . دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب . ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة . فتتكسر البضائع . فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة . فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذي يكلف بنى هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي . وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي . أو يرجع إلى خطأ الدائن . أو يرجع إلى فعل الغير . والنص صريح في هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه « إذا استحال على المدين أن يتخذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (١) .

٤٥٥ - **إمالة:** يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً . إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ . بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي . كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ، ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام في السبب الأجنبي ، وفي السبب المنتج والسبب المباشر ، تشارك فيه المسئوليتان العقدية والتقصيرية . لذلك نرجى بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية ، فنستوفي هناك بحثها تفصيلاً .

(١) أنظر أيضاً المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي .

## الفصل الثالث

### زوال العقد

٤٥٦- كيف يزول العقد : العقد يزول بالانقضاء (extinction) والاحلال (dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو ينقضى بتنفيذ الالتزامات التي ينشأ . وهذا هو مصيره المألوف . ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه . أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل . فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير إبطاله . كلاهما زوال (disparition) للعقد . ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعى في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعى ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبحث الآن كيف ينقضى وكيف ينحل .

٤٥٧- انقضاء العقد : يجب التمييز هنا بين العقد الفورى والعقد الزمنى .

فالعقد الفورى . ولو كان مؤجلاً للتنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلاً ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمنى انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن . لأن الزمن كما قدمنا عنصر

حوهرى فيه . فالإيجار ينتهى بانتهاء المدة المحددة . فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل (١) .

**٤٥٨ - انقضاء العقد :** وينحل العقد قبل انقضائه . بل وقبل البدء فى تنفيذه فى كثير من الأحيان . باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التنازل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

**٤٥٩ - التنازل :** قد يتنازل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد . والتنازل يكون بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر فى العقد الأصلى (٢) . والأصل أن التنازل ليس له أثر رجعى ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تنازل المشتري عن البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري . يعقبه (١) أنظر فى الإيجار م ٥٦٣ ، وفى الشركة م ٥٢٩ ، وفى عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ - هذا وقد يبنى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التعريفات الخاصة بقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار الذى تراعى فيه شخصية المتأجر .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التناسخ (التنازل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا ما ثبت بالتناسخ الضمني أن تورد من الواقع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفي التعاقد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (قض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ٢٢٩ من ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التناسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التناسخ من عبارات وارده فى أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كل ما شرطه المشتري فى إنذاره البائع لقبول التناسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والمخالفات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتناسخ ، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً فى ذلك إلى أن المبلغ للعروض لم يكن شاملاً الرسوم التى دعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ العروض لم يتم فى الأسبوع (قض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠١ من ٦٠١) .

عقد بيع ثلث من المشتري إلى البائع . وقد يراضى المتبايعان على أن يكون للتقابل أثر رجعي ، فيعتبر البيع بهذا التقابل كأن لم يكن .  
وسواء كان للتقابل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر ، فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل . عقد ثان أعقب العقد الأول . ويرتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقابل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين . فالتقابل لا يمس حقوق الغير . وترجع العين إلى مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقابل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

#### ٤٦٠- الإلغاء بإرادة منفردة : وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين

الحق في أن يستقل بإلغاء العقد . نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاوله والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة .

ففي الوكالة . يجوز للموكل في أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) : كما يجوز للوكيل أن يزل في أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفي العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ فقرة ٣) . ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضاءها في أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفي الوديعة . يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢) .

وفي المقاوله . ثوب العمل أن يتخلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ فقرة ١) .

وفي القرض ، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد في

أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ( م ٥٤٤ ) .  
وفي الدخول الدائم ، يجوز استبدال الدخول في أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك ( م ٥٤٦ ) .

وفي عقد التأمين على الحياة . يجوز للمؤمن له الذى ألزم بدفع أقساط دورية أن يتحلى في أى وقت من العقد بإخطار كتاب يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة ( م ٧٥٩ ) . ويجوز له أيضاً . متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل . أن يصنى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً ( م ٧٦٢ ) .

وفي الهبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلاً . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول . ولم يوجد مانع من الرجوع ( م ٥٠٠ - ٥٠٣ ) . والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

وفي الشركة : يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء بسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها ( م ٥٣١ ) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء (١) .

---

(١) وقد تضمن المشروع التهديد ثلاثة نصوص في إلغاء العقد ، حذفها لجنة المراجعة جيماً في المشروع النهائي لأنها تطبق لقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد) .  
وهذه النصوص هي :

م ٢٢٥ من المشروع التهديد : لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جيماً ، وذلك فيما عدا التهديد الذى تنهى بموت أحد المتعاقدين .  
م ٢٢٦ من المشروع التهديد : ١ - ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء

٤٦١ - الفسخ ووقف التنفيذ : وفي العقود المنزلة للجائين . إذا لم ينص أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد . وللقاضى سلطة تقدير هذا الطلب (١) . ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما . ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

= العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في القانون . ٢ - فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تصف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتبويض .  
م ٢٢٧ من المشروع التمهيدي : إذا أُلغى العقد فلا ينتهى إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعى .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بإراضى المتعاقدين ، فيجوز مثلاً إلغاء عقد الإيجار إذا كان عدد المدة قبل انقضاء الأجل المعلن له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضى في أحوال ثلاث : أولاً حالة العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالزراعة ، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلاً للاعتبار . والثانية حالة العقود التى يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعائد الآخر أن يقتضى ما يجب له من التبويض عند إساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهى حالة العقود التى ينص القانون بصدها على تحويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، والأصل فى هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون قابلة للنقض بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء فى هذه الحالة بالإرادة المنفردة التى خولها القانون ذلك ، فى غير إخلال بما يكون للعائد الآخر من حق فى التبويض عند الإساءة فى استعمال الحق » .

(أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ فى الماشرح) .

هذا ويتبين مما قلناه من نصوس المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً فى العقد ذاته ، لا آتياً من نص فى القانون . فبشئ من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التنازل يتم باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصور إرادة لاحقة . ويشترط فيه ألا يتصرف صاحب حق الإلغاء فى استعمال حقه .

(١) والفسخ هو انحلال العقد بأثر رجعى ، ويختلف عن الإلغاء فى أنه يتم عادة بحكم قضائى .



## الفرع الأول

### فسخ العقد (\*)

٤٦٢- **الفسخ والمسئولية العقدية** : هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية . فكلالهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا . وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هي المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، فتتنى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد فى هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى .

٤٦٣- **أساس نظرية الفسخ** : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى تبده العقل القانونى ، فيسلم بها بادى ذى بدء ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها ، كما

(\*) بعض المراجع : كايان فى السبب — مقال ليكار (Picard) وبريدوم (Prudhomme) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٦١ — من ١٠٩ — مقال للبريت (Lebre) فى المجلة الاتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ — مقال لكاسان (Cassin) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ١٥٩ — كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — بوايه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ — شيفرييه (Chevrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليلتييه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ — كونستانتينسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها — الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٣٢٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حنيت أبو ستيت فقرة ٣٨٠ وما بعدها .

قدمنا في نظرية السبب . فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ . ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ بحالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً . فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن (١) . وفي الفقه الإسلامي لا يُعرف الفسخ نظرية عامة . وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح . ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه . وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين . لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن القانون المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام . وهو لم يرد صراحة أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد إذا لم يتم المدين بالتزامه . أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التي قدمناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق ، وللقاضى حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذي سنبينه

فيما يلي (١) .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ . كما تذهب جمهرة الفقهاء . ونؤثر ، كما بينا في نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ (٢) .

٤٦٤- **مطلب البحث :** والفسخ يكون بحكم القاضي ، وهذا هو الأصل . وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انقضاءً .

فنحن نبحث : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انقضاء العقد بحكم القانون .

## المبحث الأول

### الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥- **مسائل مهمة :** نتكلم في مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

#### المطلب الأول

#### شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦- **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني

(١) ومن ثم نرى أن استعمال عبارة «الشرط الفاسخ الضمني» و «الشرط الفاسخ الصريح» ، اللتين تردان كثيراً في لغة القضاء المصري وبخاصة في لغة محكمة النقض ، ليس بالمعير الدقيق .

(٢) فإن نظرية الدفع لدولف فقرة ٦٣٣ .

الجديد على ما يأتي :

١ - في العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر . بعد إعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بقضه . مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض .

٢ - ويجوز للقاضي أن يمنع المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة (١) .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع . وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١٧٣/١١٧ على ما يأتي : « إذا امتنع المدين من وفاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً . وأقر في لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً ، وأصبح رقم المادة ١٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فأجنته القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٩ - ٣٢٢ ) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يفرض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه بمطابق الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضي المتعاقدين أو بحكم القاتون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال . فحالة الفسخ القضائي يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر الدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان ، كما هو حكم لفرضه ، تعين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضي على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر الدين إلى ميسرة إذا طلب النظره ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان مأمم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام الدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة عمل فذلك . ولا يكون المتعاقد ذاته ، في حالة الفسخ ، أساساً للالتزام بالتعويض إذ هو يعدم انعداماً تاماً يستند أثره بفعل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ الدين أو قصيره . على أن القاضي لا يحكم بالفسخ الا بتوافر شروط ثلاثة : أولاً أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثاني أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى الدين على تخلفه ، فيكون من ذلك مبرر لفسخه بالفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحققت بذلك ما ينسب إلى الدين من خطأ أو قصير . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٧ - ٣٢٨ ) .

ما هو ملزم به بالتزام . فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقيم المدين بوفائه فقط .»

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد . اثنين منها يصرح بهما النص . والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هى : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة . وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

## § ١ - لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧ - العقود الملزمة للجانبين هى وعدها التى يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، الفضاى والالتزامى والقانونى : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام فى جميع أنواع الفسخ . سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ذلك أن الفسخ ، بأنواعه الثلاثة ، مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا . وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة . فهى وحدها التى تنوافر فيها حكمة الفسخ .

وقد قدمنا عند الكلام فى تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد أن بعض العقود التى كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد فى عهد القانون المذنب القديم . كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدمنا أن الفقهاء اختلفت فى أمر هذه العقود مذاهب شتى . فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز فى هذه

العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم . وقد سبق لنا بيان ذلك .

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد . كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض . فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها . فإن طرفاً واحداً هو الملزم . فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طاب الفسخ إذ ليس في ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ . بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد .

#### ٤٦٨ - وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ : وإذا كانت

العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً . وسرى أن العقد الزمى يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفوري .

. وقد كان القانون المدني القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادتان ٥٨٨/٤٨٠ تنصان على أنه « يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها » (١) . فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أدخل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني ، فيبيع من أموال المدين ما يكفي ريع ثمنه لأداء المديت المتفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم (٢) ، ورأبناه نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصري عن المشرع الفرنسي (٣) .

(١) أنظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدني الفرنسي ، وهي لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصري القديم .  
(٢) أنظر نظرية العقد المؤلف فقرة ٦٣٨ .

(٣) ويعلل الفرنسيون النص الذي ورد في قانونهم بتعليين كل منهما عل للنظر : (الأول) أن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمال . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشيء إلى أمله ، وأمكن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد ، فإذا استرد المدين ؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال ، يكون قد حرم من جزء من الثمة المدة التي بقى فيها رأس المال عند المدين هو =

ومن أجل ذلك ورد القانون المدني الجديد قاطعاً في هذه المسألة . وقد رد عقد الإبراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة . ولم يمنع فيه النسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه « إذا لم يَقم المدين بالتزامه . كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد . فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل » .

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب النسخ إذا لم يَقم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً . . وإنما يطلب المتقاسم الذي أحل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام . ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقص القسمة بالفسخ (١) . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضي ، وهو الذي يَقلب المصلحة الراجحة فيقضي بالفسخ أو لا يقضي ، وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (٢) .

## § ٢ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يَقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ - **عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي** : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالة سبب أجنبي ، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام

== الفرق ما بين غلة رأس المال جميعه وغلة المقبوض من الإبراد . وإذا قيل إن الدائن يستحق ما قبضه من الإبراد ولا يسترد من رأس المال إلا بسبب ما بقي من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإبراد ، تعذرت معرفة الباقي من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر في حادث فردي — ولم تر هذا التعليل مقنعاً ، فن السهل عند فسخ العقد أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الإبراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية ، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حاله الأصلية قبل التعاقد ( فارق ما أوردناه في هذا الخصوص في نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١ ) . ( والتعليل الثاني ) أن الدائن يكون عادة في حاجة إلى الإبراد يؤثره على رأس المال ، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، والفسخ يضيع عليه ذلك — ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع ، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه ، فاعليه إذا رأى المصلحة في عدم الفسخ إلا أن يمدل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان في مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر فاعلاً .

(١) قضت فرنسا في ٩ مايو سنة ١٨٣٢ بحرية ٣٢ — ١ — ٣٦٧ .

(٢) على أن القضاء الفرنسي ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ في عقد القسمة ( قضت فرنسا

في ٦ يناير سنة ١٨٤٦ ذالهور ٤٦ — ١ — ١٦ ) .

المقابل له . وينسخ العقد بحكم القانون . وهذا ما سنعرض له بعد قليل .  
ومن ذلك نرى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانقضاء (١) .

٤٧٠- **عدم التنفيذ يرمع إلى فعل المدين** : فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . في هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد . وقد رأينا أن المسؤولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض ، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ . وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

٤٧١- **عدم التنفيذ الجزئي** : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً - ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيباً - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرم الحكم بالفسخ ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكاملة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ . بقى عليه أن يرى هل يتصى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام .  
٣٨- لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه .

وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢- **وجوب أنه يكون المراتمة مستعداً للقيام بالتزامه وأنه يكون**

**من الممكن إعادة الشيء إلى أصله** : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ

(١) أنظر في هذا المتي محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ٢٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ - نفس فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ -  
قارن نظرية العقد المؤقت من ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان .



مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزماً للجانبين . فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام . أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه بسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ بحكم القانون انقضاؤه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وباعد من آخر . فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان . وسنرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود . فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) . وسيأتى بيان ذلك .

## المطلب الثانى

### كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣- إعذار المبرم: قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن، حتى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالباً بإياه بالتنفيذ . ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته (١) . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً (٢) .

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢)

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ من ١٤٩ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٩١ م ٣ من ١٦٥ .  
(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٢ رقم ٩٥ من ٢١٦ -  
محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٢ مايو سنة ١٩٠٤ م ٢٦ من ٤٠٤ .

ويجعل أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ (١).  
ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين  
كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير  
مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو  
امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (م ٢٠٠) .

٤٧٤ - **صدور حكم بالفسخ** : ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم  
بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى .  
وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم  
بالفسخ (٢) .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق .  
ففي الفسخ بحكم الاتفاق ( وكذلك الانقضاء بحكم القانون ) يكون الحكم  
مقررًا للفسخ لا منشاء له . أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشاء للفسخ  
ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف . وإذا رفع  
الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة الحسية كانت الدعوى غير مقبولة (٣).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٠ ص ٣٥٠ .  
(٢) قضت محكمة النقض بأنه من التفت عليه فقهاً وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمني ،  
كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضي بذاته الفسخ ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي  
بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر  
سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٣ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف  
لوطية في ٩ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠  
المحكمة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢  
ص ٢٦٢ - وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٥٠٤ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢  
ص ٣٤ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٧ - وفي ١٩ يناير سنة  
١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ .

(٣) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١ .  
وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الضمني يتخللان طبيعة وحكماً . والشرط  
فاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يجهل المدين  
حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل  
أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تضي به المادة ٣٣٤  
من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي إمهاله المشتري المتخلف عن  
أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى البيع أداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ =

## ٤٧٥ - الخيار بين الفسخ والتفويض : فإذا مارفع الدائن دعوى الفسخ ،

فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ . كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ (١) . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتفويض في طلب واحد (٢) . كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب

عليه متى كان قد سبقها التنبه الرسمي إلى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صريحته في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود البادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف وقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر

حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ الصريح مما ينص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيتين متفايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما بمقتضى اختلاف شرطى الفسخ الصريح والضمني طبيعة وحكماً ، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيه ويستوجب نقضه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ من ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بيى الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ من ٣٥) — على أنه قد يجتمتع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يحوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبأن له من غير أى اشتراط في القسط بخصوصه ، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ من ٧٥٠) .

- (١) استئناف مختلط في ١٣ نوف سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١٣٧ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ — وفي ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ من ١٨٧ .  
(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨٨ .

منهما نزولا منه عن الطالب الآخر (١) .

وللمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه فيمتنع  
الفسخ (٢) . ولا يبنى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك

(١) والمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذي صدر من المدين نزولا عن أحد  
الطلبين ، كما إذا تقدم في توزيع المال للمدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ : قض  
فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيرة ٤٠ - ١ - ١٢١ - وكما إذا رضى ببيع صدر من  
المشتري منه فنزل بذلك عن حقه في المسألة بفسخ البيع الأول : قض فرنسي في ١٥ مارس  
سنة ١٩٠٩ سيرة ١٩٠٩ - ١ - ٣٩٩ - وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار  
الذي اشتراه فنزل بذلك ضمنا عن حقه في طلب فسخ البيع : استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة  
١٩١٢ م ٢٤٩ - وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن وأخذ إجراءات تحفظية لذلك  
فنزل ضمنا عن الفسخ : استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ و  
سبقت الإشارة إليه - وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن في تغطية المشتري فلا يجوز له  
طلب استرداد الشيء المبيع بعد ذلك : استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠  
ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يقيم الحكم بفسخ  
الإيجار إذا عرض مرصاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة  
١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) . وقضت بأنه إذا جلب البائع من المحكمة فسخ البيع  
لعدم قيام المشتري بدفع ثمن البيع ، فللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بدرس الثمن ، ولو بعد  
صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده  
استئنافاً . وهذا الحق الذي للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد  
حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ ، لأن قبول التماس يبيد إلى الخصوم حقوقهم التي  
كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١٩ -  
أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤  
رقم ٤٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ - محكمة  
الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام  
القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ، ولا يجعل المدين يمتنع الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل  
صدور الحكم النهائي : استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ - وفي  
١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ - وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩  
ص ٤٧ - وفي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسمت  
الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطاً فسخاً ضمياً ، فللمشتري - لي  
أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ - الحق في توقي الفسخ بدفع الثمن - وإذا كان المشتري  
يعرض على البائع باقي الثمن إلا عند دفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ ، فمن الخطأ أن  
تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين في حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو  
كان محقاً في طلب الفسخ حتى انتهاء المشتري بهذا العرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا  
بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول الدرس (شهر مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة  
عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) .

محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه . ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ . بل إن له في ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه (١) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة » . ومما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغمًا من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى (٢) . ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة كما يقول النص (٣) . ومما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر (٤) ، أو أن يكون الضرر الذي

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنطا السكك في ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ من ٤١٨ — استئناف مختلط في ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٣٩ — وفي أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٠٨ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٧ — ومع ذلك أنظر استئناف مختلط في ١٨ يولية سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٥٠ — ولكن القانون الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضي لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون الفسخ مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٢٦٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فسخ صريح ، وكان الفسخ مقابلاً على الشرط الفاسخ الضمني ، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من فلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد الماعدين فسخ العقد . وساطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقبة عليها ( نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ من ٤٩٨ ) .

(٤) استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ ( ولم يذلم المشتري السندات ، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان في إمكانه تسليها ) وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٨ ( أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من ثمن البيع الصفقة بعد أن ارتفع عن الأراضي ) .

أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين (١) . ولا يمنع القاضي أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى (٢) . وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وليس له أن يتعدها . بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى (٣) . ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك (٤) . وهذا جلائل الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون . أن ينظر المدين

(١) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين ، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتوفيق (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠) . وقد يخطئ المدين في تفسير العقد فتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه ، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ ( محكمة مصر المختلطة الحزبية في أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ١٧٣ ص ٩٠ ) .

(٢) فللقاضي إذن سلطة التقدير ، فله أن يفسخ العقد ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وسأستعرض هذه مسألة موضوعية لا موقف عليها من محكمة التمس . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفتح التعاقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض . فلا تزيب عليها إذا هي رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد ، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك ( قضى مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦ ) . وقضت أيضاً بالألا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً الفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى يدر رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ ( قضى مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦ ) . وقضت أخيراً بأنه لا كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضى به ، إنما خوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة لقيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ( قضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أظن أيضاً قضى مدني في ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢ ) .

(٣) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لاني دعوى بالفسخ (قضى فرنسي في ١٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧) . (٤) قضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه - استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ .

إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزام، إذا استندت حالك ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١) .

٤٧٦ - **تقادم دعوى الفسخ** : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة في التقادم المستقط . وهذا بخلاف دعوى الإبطال . فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (٢) .

### المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر .

٤٧٧ - **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (٣) » .

(١) ونرى من ذلك أن القاضي يجوز له أن ينظر الدين إلى آجال ، أى إلى أجل بعد أجل ، إلى أجل واحد .

(٢) ويوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرق آخران : (١) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى قص في الأهلية أو عيب في الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضي كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضي ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدل به تعويض يعادل . ٢ - على أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاءً بمرور حكماً في نص عام في التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصارت كالآتي : فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافى عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « معادل » الواردة آخر النص نفيًا لشبهة الانحواء إلى تقرير حكم بخلاف القواعد العامة في التعويض ، وأصبح رقم إنشاده ١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ٣٢٦ - ٣٣٠) . =

وبلاحظ أن هذا النص عام . بين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاصي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضي بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعي ، ويعتبر العقد المنسوخ كأن لم يكن . ويدعط أثره حتى في الماضي . وإذا كان هذا مفهوماً في الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد منسوخ ولا ينشئ الفسخ . فإنه أيضاً مفهوماً في الفسخ بحكم القاصي ولو أن الحكم هنا مذني ، للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشأاً للمسح وأن يكون له أثر رجعي . فالحكم بالشفعة حكم منشئ ، ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .  
والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

٤٧٨ - أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن . وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المبيع بشمراته والثن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (١) . واسترداد كل متعاقد لما

== وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : ويترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً ، انعدام العقد انعداماً يندد أثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما نلّم يقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح الرد مستحيلاً وجب التويض على المزم وفقاً للأحكام الخاصة يدفع غير المستحق . ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تترس في فسخ العقود النافذة لملكية المقار ، فمن على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من الماقد الذي آلت إليه ملكية المقار يقتضى العقد المنسوخ حقاً على هذا المقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع) . ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائماً ، ويرد المقار مثلاً به ، رغم دمج العقد النافذ للملكية . وغنى عن البيان أن هذا لا سناء يكفل قسطاً معقولاً من الحماية للغير حسن النية ، وبهيء بذلك لتعامل ما يخلق به من سباب الاستقرار . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٩) .

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وغضى إذا أعز العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتمين على كل من المتعاقدين ==



أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق. كما رأينا في البطلان ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله (١).

وإذا بنى المشتري أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤-٩٢٥)، ويعتبر المشتري في هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكماً به له أو عليه (٢).

وإذا هلك المبيع، وكان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسؤولية العقدية. أما إذا كان البائع هو الذي يطالب بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري حكم عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان، وجب القول بأن المشتري وقت ن تسلم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر. وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آت إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي، فخبر له في هذه الحالة أن يستبقى البيع، فيطالب بالتبئ، وبذلك يتحمل المشتري تبعة الهلاك (٣).

— أن يرد ما استولى عليه، جاز لسكراً منهما أن يجبر مأخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تملكه منه، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة في حق الحبس. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦)، كان لسكراً من الطرفين أن يجبر ما يده حتى يرد ما يده الآخر. ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان.

(١) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤.

(٢) استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ — وفي ١٨ ديسمبر سنة

١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢١٨ ص ١٣٨ — حلى عيسى باشا في البيع فقرة ١٦٤٨ — يجب الهلال باشا في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١.

(٣) قارن نظرية الدفع للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وإذا استثنى المشتري البيع في يده بعد فسخ

البيع ولم يقبل رده فأصبح سيئ النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي، وجب على المشتري أن يرد =

وللدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تعدد<sup>(١)</sup>. والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض. وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما في البطلان. أما العاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض<sup>(٢)</sup> . وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه . جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد في هذه الحالة بقي قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة = البائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن ثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من نلحه وهو سىء انبة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه • يفسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر . فإذا كان المشتري قد أندر البائع له وكلفه بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينها ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قبل التسجيل ، وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن ، فإن هذا يكفي لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاء بعد تكليف المشتري للبائع رسماً بالوفاء بالتزامه ، مما يفسخ به البيع حتماً من تاريخ نزع الملكية ، ويجعل البائع مسئولاً عن النتائج التي ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمينات ، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لمزوج المبيع جبراً من ملك البائع ، كان حكماً خاطئاً متيناً نقضه • (نقض مدنى في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن البائع في القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسماً ، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذى يؤخذ على الحكم أنه قرر في قاعدة عامة أن العقد يفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشتري . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشتري ، كان للبائع أن يطالب بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية ، وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق في المطالبة بتعويض (نقض مدنى في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عم. ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .

الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .  
 وإذا كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعي ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه (١) . ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها . ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض (٢) . فيبقى لها ضمان متياز المؤجر (٣) .

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة . وقد تحررنا أن نطبق هذه القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان (٤) .

**٤٧٩- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير:** ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشتري العين إلى مشتري ثان أو

(١) أنظر في هذا التي رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ١٨٩ - ص ٢٠٠ ، وما أشار إليه من أحكام القضاة الفرنسي والمصري ومن أقوال الفقهاء . وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ - وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ ص ١٣١ .

(٢) أنظر في تحرير التعويض عن فسخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ٢٠٠ - ص ٢٠٩ .

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمني ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون المستحق عن المدة الراجعة على الحكم بالإبطال تمويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في البطلان .

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد . فإذا اقررت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطلب يكون بناءً على التزام شخصي هو رد ما تسلمه الدين دون حق كما قدمنا .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن في مقام الدائن المتأخر من الناحية العملية . ذلك لأنه يترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائني الدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما إذا اقتصرت على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصبح في هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غراما . فدعوى الفسخ والقاسمة والحق في الحبس وحق الامتياز ، كل هذه تخدم غرضاً عملياً واحداً .

رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع . ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه . رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

على أنه يجب . للوصول إلى هذه النتيجة . تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان . وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي تضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى » . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سبب النية أو حسناً . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سبب النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتنص بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التي وردت في المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري .

وقد سبق بيان كل ذلك في البطلان ، والفسخ مثل البطلان في الأثر .

## المبحث الثاني

### الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠- **المعروض القانوني** : نصت المادة ١٥٨ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١) . ولا يقابل هذا النص في القانون القديم إلا نص ورد في عقد البيع ، هو المادتان ٣٣٤/٤١٦ ، جرتا على النحو الآتي :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي » .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٩ من المشروع التهديدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظي . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بتعديل لفظي جعله مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٢٢ - ٣٢٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفسخ الاتفاقي فيقتضئ اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي عند التغلب عن الوفاء . ويقضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان الماقد من ضمانتين : (١) فالقصد بفسخ حما دون أن يكون لهذا الماقد ، بل ولا للقاضي ، خيار بين الفسخ والتفويض . (ب) يقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للقاضي . على أن ذلك لا يجيل المدين من ضرورة التزامه إلى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد . بيد أن مهمة القاضي تقتصر في هذه الحالة ، على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد ، وإلا قضى بالفسخ . على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يفسط عنه ضمانه أخرى ، تتمثل في ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً » ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٢٨ ) .

وردت في عقد البيع . وهذا ما كان القضاء المصري يجري عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

#### ٤٨١ - متى يكون الانقاص على الفسخ - التدرج في هذا الانقاص :

قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزام . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا - سيقع ذلك غالباً في ذمة إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى - كان هذا بمثابة تقايل ذي أثر رجعي (١) . ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير (٢) . ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الذروة فيفقان على أن يكونا لعقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار . ونبحث الآن في حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء في عهد القانون القديم ، إذ لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما قدمنا .

#### ٤٨٢ - الانقاص على أنه يكون العقد مفسوخاً : حكم هذا الشرط يتوقف

على نية المتعاقدين . فقد يكونان أراداه تخمين الفسخ إذا أخل للمدين بالتزامه ،

(١) استئناف مغلط في ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

(٢) استئناف مغلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦ - وهذه هي الدعوى البوليسية . أما إذا كسب التبر حقاً عينياً قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى نافذاً قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك توافق ، وقد تقدم بيان ذلك .

فينتج عن القاضى في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ . ولكن هذا لا يعنى عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعتذار (١) .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يتررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لا يعنى الشرط عن الإعتذار . ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ . ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية . فلا ينتج عن الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل هو لا يسلب المدين حقه من توفى الفسخ بدفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض في أحكامها الأخيرة . فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) إلا إذا كان يفيد انقضاء عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشتري بأداء باقى ثمن المبيع في ميعاد عينه . فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل . فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه في المادة ٣٣٢ من القانون المدني (القديم) (٢) .

٤٨٣ — الاتفاق على أنه يكون العقد فاسداً تلقاء نفسه (de plein droit):

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ — استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٣٣ — وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازت ٢٢ رقم ٢٦٥ م ٩٣١ — وقارن استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٥٩ .

(٢) قس مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه . ولا كانت عبارة الشرط الواردة في نهاية عقد الصلح ، ونصها « إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً » لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هو إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين (قضى مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ ـ ملحق رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ المجموعة ١ ص ٨٣ — وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ — استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ م ١٢ ص ٢٦٢) .

ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه . ولا يملك إلا الحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ محتملاً كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا يفي عن إعدار المدين . ولا عن رفع الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشأ للفسخ لا مقرر له . كما هو الأمر في القاعدة العامة للفسخ .

ولا تعارض في هذه الحالة بين إعدار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعدار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض ، إذ قضت «بأن المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) تقتضي أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره بإنذار ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعدار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أى يكلفه الوفاء ، فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ . فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١)» .

#### ٤٨٤- الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

حكم : وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ فسخ العقد . وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في أعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه . فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه .

(١) قض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ من ٦٨٨ -

أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية رقم

١/١٢٦ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم - واستئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة

١٨٩١ م ٣ من ١٦٥ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر

سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١١ .



فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ . ولكن حكمه يكون مقررًا للفسخ لا منشأ له .

ولا يعنى الشرط من إغذار المدين . فإذا أراد الدائن إعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإغذار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم . على أنه لا شئ يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا الخيار بين الفسخ والتنفيد .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الانفاق في عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر في دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هي أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر في سداد الأجرة بغير خيار للدائن ، وقد يرغب الاستمرار في تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر في السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو اتفاق مقصود به تحمين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه . وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح في العقد . وهذه الفكرة هي رجوع عن قاعدة الفسخ القضائي . وهي قاعدة القانون الفرنسي المعروفة : إلى قاعدة التشريع الألماني الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضي ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين (١) .»

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ يولية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٣ رقم ٩٥ ص ٢١٦ — أنظر أيضاً محكمة أسبوط الكلية في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ — استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ — وفي ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفي ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن «المالة الوحيدة التي يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإخلاء الشأجر عند تأخره في أداء الأجرة هي التي ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر في سداد الأجرة» (المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧).

## ٤٨٥ - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً منه تلقاء نفسه دون حاجة

إلى حكم أو إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعدار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر أعمال الشرط على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ويكون الحكم إذن مقررراً للفسخ لا منشئاً له (١) . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعدار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضى نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوى عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان

---

(١) ولكن المحكمة الرقابة التامة للتحقق من تطبيق شرط الفسخ ووجوب إعماله . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا فى قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف « الشيك » المحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار ، فامتنع المصرف من صرف « الشيك » لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود فى المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة « الشيك » . أو أن يطليه « شيك آخر » ، فرضى الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن امتنع فى تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) — وفى قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً فى العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) — وفى قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين فى دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك بعض أقساط تأخر فيها المدين عن اللباعد ، ثم تمسك فجأة بحقه فى الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط ، فإن تساهله السابق يجعل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) .

الدائن لم يتمسك به (١) .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانقضاء بحكم القانون . فهو أعلى من الفسخ التقاضي - وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - في أن الحكم بالفسخ فيه . إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقررراً للفسخ لا منشأً له . وهو أدنى من الانقضاء بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك .

وهذه المبادئ قررناها محكمة النقص . فقد قضت بأنه « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه . فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء ، وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ . ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه في الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه . وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها (٢) . »

(١) تارن في هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا نس في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان المشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحللة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) . ولكن يلاحظ في هذه القضية أن المشتري قد دفع عربوناً للبائع ، فيجب له الرجوع في البيع ويصبح العربون حقاً مكسباً للبائع .

(٢) قس مدني في ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحللة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ - استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية لقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ -

## ٤٨٦- ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن

نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان

== وفي ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بورطلي م ١٧٧- وفي ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ -  
وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ - وفي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص  
١٤٦ - وفي ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩  
جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ - وفي ٢٠  
مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه « متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن  
يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه  
رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بالمادة ٣٣٤ مدني (قديم) . ولا  
يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مشغل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر  
أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومتى وقع الفسخ  
بحقضى شرط العقد فإن إبداء الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انقضاءه » (قضى مدني في  
١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

هذا وليس من الضروري أن يوضع الشرط الذي نحن بصدده في الصيغة المتقدم ذكرها .  
بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا  
كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يبدد إلى  
البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأمناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد  
من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما من على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول  
الرهن وفيدته واستخراج الشهادات المقارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت  
المحكمة ذلك بأن قبول البنك تعقيب الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين المقاري بحيث  
إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التعقيب ،  
وتعرفت نية المدين في عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم  
ارتباط البنك بالتعقيب وبأحقية في الاستمرار في التنفيذ بدونه على المنقولات والعقارات دون  
أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في  
شيء » (قضى مدني في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) . وقضت  
أيضاً « بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون  
المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن  
يودع المقد لدى أمين حتى يوفي المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه . ونصاً على أنه عند إخلال  
المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للدفع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد  
من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أي اعتبار  
العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد منع مدلول نص العقد  
لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها » (قضى مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة  
عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

الفسخ بحكم القاضى أو بانفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .  
فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها .  
سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلاً . أعيد  
المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عاها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم  
بتعويض (م ١٦٠) .  
وينحل العقد بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ،  
وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند  
الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى .

## المبحث الثالث

### انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ - **المصرى القانونية** : نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى  
الجديد على ما يأتى :  
« فى العقود الملزمة للجائين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت  
الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
« فى العقود الملزمة للجائين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ،  
وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى ، مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها  
مقتضى » . وحذفت لجنة المراقبة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى » ، وأصبح  
رقم المادة ١٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى  
بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائى » فقيل فى الدفاع عن بقائها إنها  
عبارة يائنة لأن الأصل فى الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد  
وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب  
دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة « لأنها تزيد قد يوحى  
بتفويض حق التراجع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد المتعاقدين منه ، وكل  
ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » .  
وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة . ( مجموعة الأعمال  
الجمعية ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٦ ) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يبقى مد =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال ، هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » .  
والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتي : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه : ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضى بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ، وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي . وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذه المسألة شيئاً ، فقد كان هذا هو أيضاً حكم القانون القديم ، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على ما يأتي : « إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتبين الحسنى النية » .

---

== ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فاقضاء هذا الالتزام يستلزم إعطاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، ولهذا العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إغفار ، متى وضعت استعانة التنفيذ وضوحاً كافياً . على أن التراجع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ . بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثار من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو قصوره أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣٢٨ ) — هنا وملاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التي وضعنا تحتها خطأ غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة التي يفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا يفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي  
بقي المدين ملتزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . فإن  
العقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

#### ٤٨٨ - استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي : إذا استحال على المدين

في العقد الملزم للجائين تنفيذ التزامه . ولم يستطع أن يثبت أن استحالة  
التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه ، فإن المادة ٢١٥ تقضى كما  
أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هي المسؤولية  
العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون  
قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية  
مفروضة ، وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين  
من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة ، بل على النقيض من ذلك قد بقي  
وتأكد وجوده . إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فللدائن ، وقد  
أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين  
بالتزامه ، بدلاً من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وفي  
هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه . إذ لا محل لإمهال المدين  
لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، فيحكم بفسخ العقد .  
والحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل  
فسخ بحكم القاضي .

#### ٤٨٩ - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي : أما إذا كانت استحالة

التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام يفسخ طبقاً للمادة ٣٧٣ التي  
تقدم ذكرها . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ (١) . والعنة  
في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ،  
فلم يعد محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان  
يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي . فلم يبق إلا فسخ العقد .

ولذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تنقائه نفسه . ولا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً . ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ - وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن في جميع صور الفسخ القضائي والاتفاقي - ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالعقد يفسخ من تنقائه نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق - فقد يقوم نزاع في ذلك - وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذي رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي (١) .

**٤٩٠- مبدأ تحمل التبعة:** فإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يدل له في استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذي يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وهي الفكرة التي انبنى عليها انفساخ العقد (٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ

---

(١) هنا وقد نكون استحالة تنفيذ الالتزام فائئة قبل نشوئه أو تكون قد جدد بعد ذلك ، فإن كانت فائئة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا لاستحالة المحل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت فائئة قبل نشوئه الالتزام أو جدد بعده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوئه الالتزام ، فإن العقد يفتأ صحيحاً ثم يفسخ . والمراد بالالتزام الذي استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسي الناشئ من العقد ، دون الالتزام الثانوي أو التبعية . فالالتزام البائع الأساسي هو نقل الملكية والتسليم ، والالتزام المشتري الأساسي هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاماً أساسياً في عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والالتزام بتسكين المستأجر من الانتفاع ، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة والالتزام بالمحافظة على العين .

(٢) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي القاهرة سنة ١٩٥٠ قرة ١٦ .



التزام المودع عنده لسبب أجنبي ، بأن هلك الشيء في يده بقوة القاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع . فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن - وهو هنا المودع - ليس في ذمته التزام يتحمل منه في مقابل تحمل المدين - وهو هنا المودع عنده - من التزامه . فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذى يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد<sup>(١)</sup>.

### ٤٩١ - الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا

انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم التقاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد (م ١٦٠) . ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة القاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد ، فيما عدا التعويض : من انحلال

(١) أنظر في الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها - والقانون الفرنسى يجعل التبعة في عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشتري لا على البائع ، فالحلاك يكون إذن على المالك (res perit domino) (أنظر م ١٦٢٤ من القانون للمدنى الفرنسى) . وكذلك فعل في عقد القايضة (م ١٧٠٢) . ولكنه عدل عن هذا الحكم ، وجعل الهلاك على المدين ، إذا كان في العقد شرط واقف وهلك الشيء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعة الهلاك في عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ فقرة أولى) - والقانون المصرى القديم كان في مثل هذا الاضطراب ، فهو في البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قدمناها في تحمل التبعة (م ٢٩٧/٣٧١) ، وكذلك يجعل التبعة على المدين في العقد المعلق على شرط واقف تنظيماً مع هذه القاعدة العامة (م ١٦٠/١٠٦) . ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن في بيع المقدرات (م ٢٤١/٣٠٧) وفي عقد الشركة (م ٤٢٤/٥١٦) - أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٠ . وقد تجنب القانون المصرى الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العامة التى تقضى بأن التبعة على المدين في العقد الملزم للجانبين قاعدة مضطربة . فطبقها في البيع ، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧) ، وطبقها في عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقها في العقد المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجمى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٠ فقرة ٢) وطبقها في العقود غير الناقلة للملكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمساواة (م ٦٦٤ - ٦٦٥) .

العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار (١).

## الفرع الثانى .

الدفع بعدم تنفيذ العقد (\*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus) .

٤٩٢ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به (٢) » .

(١) أنظر فى الأثر الذى يترتب على انقضاء العقد اثرى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة من ١٦٠ - من ١٦٢ .

(\*) بعض المراجع : كايتمان فى السبب بقدر ١٢١ وما بعدها - سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى بقدر ١٧١ وما بعدها - بنكار ( ملحق بودرى ) ٥ من ٥٧١ - من ٦٨٠ - رينو ( Raynaud ) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - كاسان ( Cassin ) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى الملائمات الملزمة للجانبين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - هوان ( Houin ) فى التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - صلاح الدين الهامى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ - نظرية العقد المؤلف بقدر ٦٦٦ - بقدر ٦٧٧ - حلمى بهجت بدوى بقدر ٣٥٣ - بقدر ٣٦٠ - أحمد حشمت أبو سبوت بقدر ٣٧٧ - بقدر ٣٧٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدي على النحو الآتى :

١٥ - فى العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمنع عن تنفيذ التزامه إذا يقر المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختب ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين - ٢ - على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المتأخر ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية . وفى لجنة المراجعة حدثت الغيرة الثانية لأنها تطبق لنظرية الذمت فى استبدال الحق ، وأدخلت =

ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها في ظله فقها وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلاً م ٣٤٥/٢٧٤ وم ٣٥٠/٢٧٩ وم ٤١١/٣٣١) .

**٤٩٣ - تاريخ القاعدة:** وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي : إذا كان للدائن في العقد الملزوم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحمل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزوم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى (١) .

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن

= تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٣٣٠ - ص ٣٣٥) .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى : « التنفيذ مثلاً بمثل » (exécution trait pour trait) . ويرجعون بذلك عن تعبير ألماني مشهور (Erfüllung Zug um Zug) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « فن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تأجيلها على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما ألزم به قبل قيام التعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد . وتجاوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة التخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتسب ما يجب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له ، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوهب أحكام العقد لا أكثر . فالقصد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) .

بتنفيذ التزامه . دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجائين . دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص . ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المؤرخون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الروماني (١) .

ولم يضع القانون المدني الفرنسي نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للجدأ . ونهج القانون المدني المصري القديم على منواله كما قدمنا .

أما التقنيات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام . فعل ذلك القانون الألماني (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات الويسري (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٤٨) . وسار القانون المدني المصري الجديد على نهج التقنيات الحديثة فأورد النص الذي قدمناه ، كما صاغ نظرية الحبس في نصوص عامة ستبحث في مكانها (٢) .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التي اتبعناها عند الكلام في الفسخ القضائي . فتبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر

## المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ - نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحبس في الحبس : جعل

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ .

(٢) أنظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي

في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها .

القانون الجديد الحق في الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجانبين (١) .  
فالأصل إذن هو الحق في الحبس . قررته المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فجرت على الوجه الآتي :

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .  
٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس . فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمقتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه . والحائز مدين للمالك يرد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق في الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، فمن حقه أن يعبس العين حتى يستوفى الثمن . وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد (٢) .

---

(١) أنظر في القانون المدني القديم في العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أملاً والحق في الحبس باعتباره يتفرع عن هذا الأصل ، نظرية العقد للژولف فقرة ٦٦٨ .  
(٢) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأريد أن يكون لـ كل منهما الحق في أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس . فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجائين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو النسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه . جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما سلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال (١) .

فالدفع بعدم التنفيذ . كالفسخ ، محصور إذن في العقود الملزمة للجائين ، وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التي تقدم ذكرها (٢) .

== ما عليه من التزام ، أمكن أن ينقض هذا عملاً بأحد طريقتين : الطلبات الفرعية وحجز الدائن تحت يد قبه .

هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات . حيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من المدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هي المقاصة والفسخ — أو في القليل يقف وفاة ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يبالغونها علاجاً واحداً هو الدفع بالفسخ ، يستعملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . والحق في الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقي ، وخلع عنه لباس الحق المبنى الذي كان يرتديه في عهد القانون القديم فيشوه طبيعته ( أنظر نظرية العقد للوآلف ص ٧١٣ هامش رقم ١ ) .

(١) وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه في المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس ( بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش ) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ( أنظر آتياً فقرة ٤٧٩ في الهامش ) .

(٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ( بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٢ فقرة ١ و ص ٣٣٤ فقرة ٤ ) . وانظر في هذا المعنى الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٠ — ورسالة الدكتور صلاح الدين التامى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ و فقرة ٩٧ — وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨٣ ص ١٢٣ .

هذا وقد أورد القانون المدني الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، نذكر ==

٤٩٥ - الالتزام الذي يرفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب

التنفيذ حاله : ولا يكتفى أن يكون هناك عقد ملزم للجائين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي - كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجائين - لا يجوز ، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال . فالبايع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce) ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى لو منح القاضي للمشتري أجلاً

= منها المواد ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥ .

والفترتان الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تعضيان بأنه ٢ - إذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آتيل من البائع ، أو إذا خيب على المبيع أن يتزع من يد المشتري ، جاز له مالم يمتنع شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى يتقطع العرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ - وبسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع .

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة . هذا مالم يمنع البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : ١ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ - فإذا نهى على المستأجر بالإخلاء قبل اقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً مالم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نابعة عن المؤجر ، أو بعد أن يجعل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض . والجديد في هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يحبس العين على المالك ، أو قل إن حق الحبس قبيل المؤجر ينفذ في حق المالك .

لدفع الثمن . ولا يتمتع الحبس إلا إذا كان الأجل ثبثاً باتفاق الطرفين (١) .  
أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر . فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يني بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر (٢) .

(١) ولا يمكن أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفعه بعدم تنفيذ التزاماً واجب التنفيذ حالا . بل يجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع . فلا يجوز لتعاقد أن يتسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بتسليم التزامه ولم يسأل إلا جزءه . يسر لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يني دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يتمتع المشتري عن دفع الثمن بمحجة أن هناك خطراً يهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بمجدي ، ولا أن يتمتع المستأجر عن دفع الأجرة بمحجة أنه يطالب المؤجر بترهات يشكرها عليه .

وقد كان المشروع التهديد ينص نصاً تعبرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضليلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣١ ) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في صدد هذا النص ما يأتى : « ومما يمكن من شيء فليس بإباح للعاقد أن يساء استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتسك به لينتفع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل تنفيذه ، وأصبح مالم ينفذه ضليلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣ ) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التفسير في استعمال الحق ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٤ ) — أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء بفرقة ١٧٤ — والخطأ في أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية العقد للوظائف بفرقة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص في المشروع التهديد يميز حتى في هذه الحالة أن يتمتع المتعاقد بالسكف بالتنفيذ أولاً عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص في ماله بعد إبرام العقد ، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تعبرى على النحو الآتى : « في العقود المزمرة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو السكف بتنفيذ العقد أولاً . أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ . فإذا لم يتم التنفيذ أو يعطى الضمان وفي وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الخامس ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فقد أجمروا له ( أى المتعاقد السكف بالتنفيذ أولاً ) استثناء أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم =



## المبحث الثماني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ - عدم ضرورة الإعذار : لا يحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار

المتعاقدين الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذي يبيته فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه . وفي هذا إعذار كاف للمتعاقدين الآخر بوجود تنفيذ الالتزام الذي في ذمته (١) . وقد يكون الإعذار واجباً لالتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

= العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أصاب هذا العاقد بعد إبرام العقد قص في ماله من شأنه أن يؤثر في يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعه به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغي التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهي التي تناولت سرده مسقطاً الأجل وحصرتها في الإعسار أو الإفلاس وضربت التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتدعيه منها . فالمالة التي يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامه من ذلك ، فهي تفترض قصاً بليغاً في مال العاقد ، ولكنه قص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار ، ومن ثم أزيلت هذه الحالة منزلة الاستثناء ، فلم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جيماً وينبغي تنفيذها في آن واحد نزولاً على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يتم التعاقد الذي استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة معقولة ، كان للتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويترتب هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذي تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣٣ - من ٣٣٤ ) - وأمكن هذا النص في المشروع التهديد حدثته لجنة المراجعة في المشروع النهائي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣١ في الخامس ) . ولا كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه ( أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء بقرنة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ ) .

(١) أنظر استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٣٣٠ .

## ٤٩٧ - ترك الأمر إلى تقرير المتمسك بالرفع تحت رقابة القضاء :

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكل لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحل العقد . بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مردّه في آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه . فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية . فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى . وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى . بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فانتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائى يتمتع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إجبارى . والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى بطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

## ٤٩٨ - تمسك كل من المتعاقدين بالرفع : وقد يتمسك كل من

المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر بطلبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين (١) . فإذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين امتنع ، فإن كان المدعى

(١) أنظر الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ - ٢ - وانظر آتياً فقرة ٤٩٥ في الخامس) .

رفض دعواه . وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعتاً ، أو ظهر لأحد منهما منعت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما يتفدان التزاميهما في وقت واحد .

## المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

١ - فيما بين المتعاقدين :

٤٩٩ - وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في الفسخ . فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام ينقل حق عيني ، كالالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يتمتع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالالتزام المفاوض بإقامة مبنى ، كان للمفاوض أن يتوقف عن أعمال البناء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتمهيد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للمزعجة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي .

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تمهيد ممثل أو مفوض أن يتمتع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحیی الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فالتزام

الغرض المقصود منه ، كما إذا تمهد صانع بإنجاز مصنوعات عرضها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ .

#### ٥٠٠ - وقف التنفيذ في الالتزام بتسليم عين : وإذا كان الالتزام

الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من التعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يحتلظ الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي : ١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حتى امتياز عليه . ٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فالحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه . هذا ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بسبب أجنبي ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠-٩٨٢ .

ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام التعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وينقضي الحق في الحبس إذا قام التعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي : ١ - ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه . ٢ - ومع ذلك يجوز لحبس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطالب استرداده ،

إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

٥٠١ - وقف التنفيذ فى العقود الزمنية : وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التى حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ ألخ) . وكل وقف فى تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً فى مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً - لا موقتاً - التزامه فى حدود المدة التى منع فيها المستأجر من الانتفاع . فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التى وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد (١) .

## ب- بالنسبة إلى الغير :

٥٠٢ - متى يسرى الدفع فى حق الغير : يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق فى التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى فى حقه الدفع . فإذا باع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين فى مواجهة المشتري الثانى أو الدائن المرتهن (٢) . ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع فى حبس العين ، فتنقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق . ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقاً لا يملكه . وفاقد الشيء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذى قررناه فى انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص .

(١) أنظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة من ١٦٦ - ١٧٧ س .

(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ فى تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة فى مواجهة . انتقلت إليه ملكيتها . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آتياً فقرة ٤٩٣ فى المادش) .

### ٥٠٣ - متى لا يسرى الرفع في حق الغير: ولا يسرى الدفع في حق

الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً . بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ . ثم باعه . وأراد المشتري تسليم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار . فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م ٦٠٥ فقرة ٢) . ولكن حقه في الحبس لا يسرى في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس (١) .



الباب الثانى  
العهد غير المشروع  
(المسئولية التقصيرية)

**L'ACTE ILLICITE**  
(La responsabilité délictuelle)





## تمهيد (\*)

٥٠٤- مسائل أربع : تمهد للكلام في العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، بوضع هذه المسئولية في مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها في وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

فتكلم في مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية . (٢) وفي المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . (٣) وفي المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . (٤) وفي المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .



### § ١ - التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

### ٥٠٥ - الفروق ما بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية :

المسئولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانوني ،

(\*) من المراجع العامة في المسئولية المدنية : هنرى وليون مازو في المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء — سافاتية في المسئولية جزآن — لالو (Lalou) في المسئولية المدنية — ديجوج في الالتزامات ( الأجزاء الثالث والرابع والخامس ) — بيدان وكايتان في النظرية العامة في المسئولية المدنية ( ضمن مبسوط بيدان في الالتزامات ) — بلانيول وريبير وإسمان جزء أول — جاردينا وريتشى ( Gardenat et Ricci ) في المسئولية المدنية — سوردا ( Sourdat ) في النظرية العامة مسئولية جزآن — شيروني ( Chironi ) في المسئولية غير العقدية — هويير ( Heuber ) في شروط المسئولية التقصيرية في القانون الألماني رسالة من ثاتسى سنة ١٩٤٠ — ناستاذ مصطنع مرعى بك في المسئولية المدنية — الدكتور سليمان مرقس مذكرات في الفعل الفاسد — الموجز في النظرية العامة للالتزامات المؤلف — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام .

وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ،  
ويترتب عليها جزاء قانوني .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية ثلاثة :

(١) المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض ، فهي مسؤولية أمام الله  
أو مسؤولية أمام الضمير . أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي .  
وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق المسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد  
ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضرور في وقت واحد .  
بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية ، ولو لم  
يكن لها مظهر خارجي . أما المسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ،  
وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبئ على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية .  
فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه . وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس .  
أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .  
وإذا تركنا المسؤولية الأدبية ووقفنا عند المسؤولية القانونية ، نراها نوعين :  
مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية .

### ٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية .

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

#### ٥٠٦ - الفروق ما بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية : هناك فرقان

جوهريان ما بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية :

(أولاً) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما  
المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وترتب على ذلك النتائج  
الآتية : (١) جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فتعويض .  
(٢) الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة  
للمجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية المدنية فالمضرور نفسه لأن  
الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن  
الحق فيها عام للمجتمع . ويجوز الصلح والتنازل في المسؤولية المدنية لأن الحق

فيها خدش لفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية تنطوي على معنى لإيلاام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات . فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملا عملا .

(ثانياً) التبة ركن في المسؤولية الجنائية . وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ويمكن إذا كان محض التبة يكفى في المسؤولية الأدبية ، فهو لا يكفى في المسؤولية الجنائية . بل يجب أن يكون للتبة مظهر خارجى يصل إلى حد معين من الحسامة : فالنصميم والأعمال التحضيرية لا غتاب عليها . والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجى يغتب أن تكون الجريمة الجنائية عملا يلحق الضرر بالمجتمع . بل إن حسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة . فتشدد في الضرب الذى يفضى إلى موت أو الذى يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن التبة واحدة في هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يغتب الضرر التبة . فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبها التبة أو لم تصحبها . كالحافات التى لا تشترط فيها التبة والجرائم التى يكفى فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفى في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآلافى القانون الجنائى بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) . ومهما يكن من أمر ، فالتبة في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضرورى في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالتبة لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدنى إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذى يحدثه يجب أن يعوض كاملا دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلا طبعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بحسامة الخطأ في المعنى غير العمد .

٥٠٧ - العمل الواقع قد تترتب عليه المسؤولية تارة معاً وقد تترتب عليه

مسؤولية دور الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسؤوليتين لا بتعارض

مع قيام المسؤولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسؤولية جنائية مسؤولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولاً مسئولية جنائية جزاؤها العقوبة . ومسئولاً مسؤولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسؤوليتين دون الأخرى . فتحقق المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد . كما في بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالنشر ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي . وتحقق المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق وجميع المسئوليات التي تقوم على خطأ مفروض (١) .

#### ٥٠٨ - الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين في عمل واحد : إذا

ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسؤولية الجنائية ، وهي أقوى لأنها حق المجتمع ، في المسؤولية المدنية ، وهي أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتي :

(١) أظن في قيام المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية : استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٤٩ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ م ٨١ - وفي ترتب المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية في الزور واستعمال الورقة المزورة : قض جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٣ رقم ٣٢ م ٥٨ - وفي قيام المسؤولية الجنائية على خطأ لمسئول مع قيام المسؤولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ م ٨١ .

وقضت محكمة انقض بأن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أيما كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ سبها كانت مسووره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بينه غير صحيح أو لم يبق عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر المقضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يجوز بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى مدعى عليه فيها ( قض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مطن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر ) .

(أولاً) التقادم : تقضى المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

وبستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة في الدعوى المدنية ، فبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتى تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سبب الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état)

(رابعاً) قوة الأمر المقتضى : وإذا بقت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقتضى . وتنفيذ المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع ، دون أن تستعيد بالتكليف القانوني لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكليف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبنى على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تنفذ القاضي المدني بالوقائع التي أثبتتها الحكم الجنائي . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكليف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكليف القانوني ، كأن كان

الإهمال الثابت صدوره من المهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي (١) :  
أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المهم ، أو كان هناك مانع من  
توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو  
شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية .  
وتقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهي أيضاً نوعان : مسئولية عقدية  
ومسئولية تقصيرية .

\*\*\*

### ٣٨ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle)

#### ٥٠٩ - المسئولية العقدية والتقصيرية - ازدواج المسئولية أو

وهرتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي مختلف باختلاف  
ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال  
بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن  
والمدين في المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية ، أما في  
المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل  
المسئولية العقدية أن يرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة ،  
فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون  
العين في يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبي ، فتتحقق مسئولية المتعرض .  
ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي بوجب  
عليه عدم التعرض للعين ، بل أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم  
الإضرار بالغير ويدخل في هذا الغير مالك العين .

(١) قد يكون الإهمال الصادر من التهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويكفي للمسئولية المدنية  
حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض في بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت  
بأن الإهمال في جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف  
في أي عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذي يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة التهم  
في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسدة على  
هذا الخطأ ( نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٥ رقم ٤٥ من ١٣٢ ) .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف في تكييفه . فن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية ( dualité de responsabilité ) . ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئوليتين . فإن إحداهما لا تختلف عن الأخرى في طبيعتها . وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية ( unité de responsabilité ) .

٥١٠ - أنصار ازدواج المسؤولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . ويحملون هذه الفروق في الوجود الآتية :

١ - الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد في أكثر العقود . أما في المسؤولية التقصيرية فتكفى أهلية التمييز .

٢ - الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى ، وارتكب عملاً غير مشروع .

٣ - الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات استثنائية . أما في المسؤولية التقصيرية فلا إعذار (١) .

٤ - مدى تعويض الضرر : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر . سواء كان متوقعاً أو غير متوقع (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كُتبت عمكة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى تكييفاً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها ، وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لها ، كأن اعتبرت التقصير في تنفيذ عقد المرافضة بالنسبة خطأً قفلياً ( faute délictuelle ) كالاعتصاب بوجوب التضمن على المصير من يوم تقصيره لامن يوم التنبه الرسمى ، فإن الحكم الذى أصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون وتعين محضه ( قضى مدنى في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ من ١٩٦٦ ) .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٩٨ .



٥ - التضامن : في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ - الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية . ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية .

٧ - التقادم : تتقادم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

٥١١ - أنصار ومرة المسؤولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول .

وهم يقولون بالأفراق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسؤولية العقدية جزاء لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم ، والمسؤولية التقصيرية جزاء لالتزام قانوني أحل به المسئول . والمدين في الحالتين تحقق مسئولته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدي أو القانوني . فالمسئولتان إذن تتحدان في السبب وفي النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسؤولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر . ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتي :

١ - الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي أهلية التمييز في المسؤولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية في كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية في العقد دون غيره . فبشروط الرشد أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدي ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية . ولا يشترط في هذه المسؤولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد ، بقي ملتزماً بالعقد . وبقيت مسئولته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخلو من هذه المسؤولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفي المسؤولية التقصيرية لا محل للكلام في الأهلية . وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة في هذه المسؤولية . والصحيح أن المسئول بشرط لتحقيق مسئولته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقيق المسؤولية ، وليس أهلية في المسئول .

٢ - الإثبات : ولا فرق بين المسئولين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففي

كلاهما يحمله الدائن . يثبت في المسئولية العقدية العقد . وهو مصدر الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما في المسئولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير . وهو الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية . لأنه التزم مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق في كلتا المسئولتين على هذا الوجه . بقي إثبات الإخلال به . وهذا يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدعى . لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزم بعمل أو التزم بامتناع عن عمل . فالمدعى هو الذي يثبت أنه قام بالعمل الذي التزم بالقيام به . والدائن هو الذي يثبت أن المدعى قد أتى العمل الذي التزم بالامتناع عنه . ففي المسئولية لعقدية إذا كان الالتزام العقدى عملاً - ويدخل في ذلك نقل الحق العيني - فعلى المدعى أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسئولية عقدية بل لأن الالتزام الذي أحل به هو التزم بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذي يثبت أن المدعى قد أحل بالتزامه . وكذلك الحال في المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانوني السابق في هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل - عدم الإضرار بالغير - فالدائن إذن هو الذي يثبت في المسئولية التقصيرية أن المدعى قد أحل بالتزامه وأحدث الضرر بخطئه ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذي أحل به المدعى هو التزم بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات في المسئولية العقدية يحمله المدعى تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدى السابق هو التزم بإجباي أو التزم سلبى ، وعبء الإثبات في المسئولية التقصيرية يحمله الدائن في جميع الأحوال لأن الالتزام القانوني السابق هو دائماً التزم سلبى . فالعبء إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هي عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إجباي أو سلبى .

٣ - الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار بشرط في المسئولية العقدية

دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا بشرط في الالتزامات السلبية إذا أحل

بها المدعى ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية . وهنا كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبي ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدي التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً . لا بما إذا كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية .

٤ - مدى تعويض الضرر : والسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين لأحدهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ - التضامن : والسبب في أن التضامن ينبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب في الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن ثم قام التضامن .

٦ - الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : والسبب في أن هذا الإعفاء لا يجوز في المسؤولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهى من النظام العام .

٧ - التقادم : وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية . بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتبها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية .

## ٥١٢ - الوضع العجيب للمدانة - وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية

والمسؤولية التقصيرية : لاشك في أن المسئولتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاهما جزاء للإخلال بالالتزام سابق . ولا فرق بينهما في هذه الناحية : لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا في العقد . ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية : وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبي .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان في أن الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدي في المسئولية العقدية ، وهو التزام قانوني في المسئولية التقصيرية . وهذا الاختلاف ترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

في المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة المتعاقدين . إذا تعدد المدين ، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية . والأصل ألا تضامن بين المدينين . فإذا أريد التضامن وجب أن تنبج إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين . وهما اللذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام . أن يتراضيا على الإعفاء منه في حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقدم الالتزام ، وهما اللذان ارتضاه . إلا لمدة طويلة هي خمس عشرة سنة .

ولا كذلك في المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانوني . أي التزام القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه . ولم تدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر . سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه ، مادام مباشر ، لأن هذا هو الأصل في التعويض . ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقي التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذي أحل به المدين هو التزام فرضه القانون . ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذي يعنى به في الحالات التي ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع في المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه . أن يكون التقادم مدة أقصر من مدة التقادم في المسئولية العقدية وفيما ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .

ترجع إلى طبيعة كل من مسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام عقدي ، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العمالية التي تنفق معها . والمسئولية التقصيرية جزاء للإخلال بالتزام قانوني . وطبيعة هذا الالتزام هي التي أملت الحلول العمالية التي تلائمها والتي تخالف الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، لأن التمييز بينهما يتطلب طبيعة كل منهما . وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما ، هي التي ذكرناها فيما تقدم (١) .

### ٥١٣- تمييز نطاق كل من المسئوليتين : أما وقد وجب التمييز بين

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما . حتى تترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأً يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرر هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عربته بجاملة (٢) . أو بدعوه للغداء أو للسهرة ، أو يحطب رجل امرأة ، فلا عقد في مثل هذه الأحوال ،

---

(١) هذا إلى أن عبء الإثبات — من الناحية العملية الخفة — يبدو فرقة جوهرية ما بين المسئوليتين . وقد كان هو والإعفاء الاتفاق من المسئولية سببين رئيسيين لتلئس المسئولية العقدية في بعض الفروض — كما في عقد قتل الأشخاص والتزام أمين القفل بسلامة الراكب التزاماً كيف بأنه التزام عقدي — أو لقول بالحيرة ما بين المسئولتين — كما في عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول بالحيرة يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها .

(٢) سيأتى تفصيل للأحكام التي تطبق في النقل المجاني فيما يلي ( أنظر فقرة ٥٤٦ ) .

والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول . كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العرب ، أو يعتمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه . أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسرارها ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول - وينبغي أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من القانون المدني الجديد ، وهي تقضى بأنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته » . في هذه الحالة . بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد . يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتياطية التي قادت إلى التعاقد - والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده . كصاحب مصنع يحرص مستخدماً في مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع الأول . تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد . ولكن لا تتحقق المسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئولته ثم تحققت هذه المسئولية . فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين . ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عند التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لصاحبه

المصاحب . فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاحب مسئولية عقدية . دون أن يكون المصاحب طرفاً في عقد التأمين . وبعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسؤولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد . نزولاً على أحكام الاشراف من مصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون للضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسؤولية العقدية لا تتحقق . بل تتحقق المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك الحبة ، فإن الواهب لا يضمن خلل الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه . فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه . وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له . فإن مسؤولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية . ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسؤولية العقدية تتحقق . كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعداده وهلك المبيع في يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقيق المسؤولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (١) . ويرجع في التحديد

(١) ويصعب هذا بنوع خاص في العقود التي تشمل على التزام بكفالة السلامة (obligation de sécurité) . فقد قل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويعتبر أمين النقل مسئولا مسئولية عقدية إذا تلفت الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه ليس واضحاً وضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا سلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسيطرته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، وأوله هذه الحركة كالحیوان ولكن يمكن ضبطها . أما الشخص الذي يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاماً لسيطرة أمين النقل . على أن القضاء والفقه ، في مصر وفي فرنسا ، يرتبان التزاماً بكفالة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مداه في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية ، كالإتزام بالطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الضيق أنه اصطنع الحيلة واليقظة بأقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسؤوليته العقدية . وفي عقود أخرى ، كمقد النقل المتقدم الذكر ، يكون التزاماً بتحقيق غاية ، فيكفل المدين سلامة الدائن ، ولا تنتفى مسؤوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

( أنظر في الالتزام بكفالة السلامة نرزو ١ ص ١٦٥ - ص ١٨٩ ) .

الى اية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة (١) .

### ٥١٤ - عدم جواز الجمع ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسئولتين . وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان ، وهو أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في وقت معاً . وبعرض في صدد هذا الفرض سؤال أول : لا يحوم أى شك في الجواب عليه . هو حل يجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسئولتين في الرجوع على المدين ؟

لا شك في أن الدائن لا يجوز له الجمع بين المسئولتين في الرجوع على المدين . إذ الجمع . بأى معنى فهم هذا اللفظ . غير مستساغ

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين . تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ . لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد . ولكن يجمع في دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسؤولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك بطلان الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن كلا من دعوى التعويض العقابية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويتين . أما الدعوى التى يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويتين فهى ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية . بل هى دعوى ثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويتين

---

(١) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص الشرعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المحكمة لها . وهذه النصوص كثيرة في المنود المسماة .



محرم - يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه - بخلاف  
القضاء الفرنسي - يجمع على أن قوة الشيء المقضى يحول دون ذلك . فلا  
يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (١) .

## ٥٩٥ - عزم ميواز الخيرة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية

التقصيرية : الجمع إذن غير مستساغ في أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى  
علم الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟  
فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكاً ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن  
الشك يقوم إذا أبدل بلفظ « الجمع » (cumul) لفظ « الخيرة » (option) ،  
فقال هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن  
أن يختار الدعوى التى يراها أصح . على أنه إذا اختار أصلح الدعويين تقيد  
به ، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التى اختارها ؟  
وهذا هو الذى تقصد إليه جبهة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل  
يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح  
تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين . فريق يقول إن للدائن  
أن يختار بين الدعويين ، وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسؤولية العقدية  
تجبّ دعوى المسؤولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسؤولية  
العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية . ونستعرض كلام الرأين .  
أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد  
توافرت ، ومنطق القانون يقتضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز  
أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسؤولية العقدية ، فإذا اختارها  
الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسؤولية التقصيرية ،  
فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسؤولية العقدية فيقولون إن الدائن

---

(١) وسرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض في مصر في دائرتها الدينية  
(نقض مدنى في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ من ١٥٢) . أما الدائرة  
الجائية فتقدم إلى عكس ذلك (هس جنائى في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم  
٤٥ من ١٣٢) .

لا يعرف المدين إلا من طريق العقد . فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدي لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسؤولية العقدية . وليس له الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين ترتب عليه نتائج عمليّة هامة تتشعب مع وجوه التمييز ما بين المسئولتين فيما قدمنا . ومن وجود التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسؤولية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض . اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسؤولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل بإصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئولتين ، لاختار المسؤولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف . ولو قصر على المسؤولية العقدية لاندمت هذه المسؤولية أو خففت ، بفضل الاتفاق الذي تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التي قدمناها في التمييز ما بين المسئولتين . ففي دعوى المسؤولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق . أما في دعوى المسؤولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن . فقد يختار المسؤولية التقصيرية ابتغاء أن يُجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسؤولية العقدية فلا تضامن . وفي دعوى المسؤولية العقدية لا يعرض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما في دعوى المسؤولية التقصيرية فيعرض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخبرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع أن ينتقل من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملاً عن الضرر المباشر . ودعوى المسؤولية العقدية تتقدم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسؤولية التقصيرية فتتقدم بثلاث سنوات . وهنا الخبرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسؤولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسؤولية التقصيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء . في فرنسا وفي مصر (١) . في هذه

(١) أنظر في انقسام القضاء والفقه في فرنسا ما زو ١ فقرة ١٨٨ - فقرة ٢٠٧ - بلانبول

وربير وبولانيه فقرة ٩٣٣ - فقرة ٩٣٨ .

أما في مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الحجة ما بين المسؤولين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم

مسؤوليته عما يصيب للتأجير من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخلل المؤجر من مسؤوليته التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٢٧١ -

وفي ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ م ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدني (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرممة ، فإن هذا لا يخلو من المسؤولية التقصيرية عن الضرر الذي يصيب المتأجير بسبب تقصير المؤجر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤

م ١٥٤ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة الكلاك الحديديّة تحديد مسؤوليتها في مبلغ معين في حالة ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسؤولية هذه المصلحة مسؤولية تقصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١١ م ٢٤٥ - وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ م ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٥ آب سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٣٣٠ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٩٨ -

وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٤٥ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٤٧٤ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ م ٤٣٤ - وأنظر عكس ذلك استئناف وطني في ٢ مايو سنة ١٩٢٢ الحاماة ٣ م ٢٩ - استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ م ٢٦) .

وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الحجة ما بين المسؤولين ، إذ قررت أنه «لا شبهة... في التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب إلى الجهة المتعاقدة على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول سمات هذا النوع من التعاقد... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد في طلب التعويض إلى أحد الأسس ، المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية ، حسبما ينسب إطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأول أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الإسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ م ٥٠١) - وبلاحظ أن المحكمة لم تتمكن في حاجة إلى القول في هذه القضية بجواز الحجة بين المسؤولين ، فإن الحجة إنما تظهر وتثبت في الالتفات من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية ، وكان يكفيها أن تحرر أن عقد النقل ينشئ التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب ، يستطيع أن يستند إليه العائن في مطالبة الدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تثبت حتى الآن في هذه المسألة قضاء حاسم . فقد أخذت في قضية بالمسؤولية العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسؤولية التقصيرية لقيام المسؤولية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب النقل أن يستغل بما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذي استخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره محلاً بمقتد الاستخدام إخلالاً يصلح أساساً =

المسألة الهامة : فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسؤولية العقدية . ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسؤولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به . لم يكن مسؤولاً عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لما يبرم : ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد : قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى لا تعود لا ترتب عليها إلا المسؤولية العقدية . وليس للدائن أن ياجأ إلى المسؤولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا فى التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدى الناشئ من عقد النقل . فتتحقق مسؤوليته العقدية . ويكون فى الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانونى الذى يحرم

المسؤولية . ولما كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه مبرم تأجيرها لدولة عازبة ، وأن هؤلاء الملاحين لم يتعاضوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت حكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه وحق عمله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد ربت على هذا الخطأ مسؤولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأينا فى ذلك إغماها رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية ، كما ورد فيه خاتماً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيده ، وكان ما جاء فى الحكم منعياً عليه غير متج (تقضى مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ من ٥٥٣) .

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقض لا تأنى أن يقوم التمييز على أساس كل من الشوطين ، فقد قضت بأنه : ما دام الحكم قد أتم مسؤولية المحكوم عليه بالتبويض على كلا الأساسين : العقد والفعل الضار ، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضمينات لا تتحقق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء بتكليفاً رسمياً ، إذ هذه المادة لا تنطبق على الشوطة عن الأفعال الضارة وإذ أن الإغمار الذى تبص عليه غير لازم فى حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام سنى (تقضى مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ من ٥١٣) .

وأما الفقه فى مصر فنقسم : فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى بك فى المسؤولية المدنية فقرة ٢٨) — وقد كنا نقول بها فى الموجز (فقرة ٣٠١) . ومنه من يقول بقصر الدائن على المسؤولية العقدية (الدكتور سامى مرص فى فعل الضار ص ١٧) .

عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل . فتحقق مسئولته التقصيرية .  
وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن في بعض الحالات  
حقه العادل في التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذي تتضمنه عادة  
عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية . وقيام هذه المسئولية كاف  
بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية  
لوجود شرط الإعفاء . ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولكن  
هذه النتيجة هي التي أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان  
— كما هو الغالب — حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضي  
إلغاؤه أو تعديله . فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين (١) .

\*\*\*

## § ٤ — تطور المسئولية التقصيرية

### ٥١٦ — تاريخ هذا التطور هو نوسع مستمر في المسئولية التقصيرية :

ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع  
المسئولية فيما تقدم . ونستعرض في إيجاز تاريخ تطورها .  
ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ  
توسع مستمر في هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجي  
في هذه الحالات . إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة  
عامة . وهذا ما وصل إليه التطور في القانون الفرنسي القديم . وانتقل منه إلى  
التقنين الفرنسي في سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسي أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهي قد فامت  
على فكرة جوهرية هي فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تنقلص .  
فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته . قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً .  
وها نحن نشهد في الوقت الحاضر فكرة تحمل الشعة (risque) تقوم إلى جانب

فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً .

فتعرض هذا التطور . منذ القانون الروماني إلى عصرنا الحاضر ، استعراضاً سريعاً .

## ٥١٧ - القانون الروماني : تتميز نظرية المسؤولية التقصيرية في

القانون الروماني بخصائص ثلاث :

أولاً - لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحدها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية . ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم مروكة إلى الأخذ بالأثر ، ثم انتقلت إلى اللية الاختيارية . ثم إلى اللية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التي تستوجب تدخل المولى محدودة محصورة لا تتخطى قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج في خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون أكيليا (Aquilian) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التي تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشيء الذي يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشيء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذي وقع على الشيء غير مادي ، كإحداث صوت يندعر من سماعه حيوان فيجنل ، أو وقع عمل مادي على الشيء ولكن لم يصبه بتلف مادي ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب . كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحالت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة في التعميم جريمة النش (dol) . وتلى ذلك أعمال ألحق بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسؤولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا في وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

ثانياً - ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التي ترتب المسؤولية تنحصر

تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي . وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية .

ثالثاً - ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ في بادىء الأمر مشترطاً . بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما في الأعمال التدليسية أى الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

**٥١٨ - القانون الفرنسى القديم** : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم . في تطورات المتعاقبة وتحت تأثير القانون الكنسى . الفصل في تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . ثم في تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، في بعض منه . عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أتبنتها للقانون الرومانى لئلا نرى ماذا صارت إليه في القانون الفرنسى القديم .

أولاً - انتهت القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية إلى أن توضع وضعاً واضحاً دريعاً . وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه فى القانون الفرنسى القديم ، في كتابه المعروف « القوانين المدنية » (Lois civiles) على النحو الآتى : « بكل الحسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص . سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبغى معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً . يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطأه سبباً في وقوعها » (١) .

ثانياً - وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية . على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقي الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يشمل في أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى

(١) « Toutes les pertes et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu » .

أقاربه الأدنين إذ هم أصحاب النار .

ثالثاً - وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية. بل إن الخطأ العقدي ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيري وعن الخطأ الجنائي كما تقدم القول : وهذا ما يقوله دوماً في هذا الصدد : « يمكن التمييز ، في الخطأ الذي يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بخيانة أو بخنعة - وخطأ يرتكبه الشخص الذي يخل بالتزاماته العقدية . كما إذا لم يسلم البائع الشيء المبيع أو لم يتم المستأجر بالتزامات التي ألزم بها - وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بخيانة أو بخنعة ، كما إذا ألقى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة وأثقلت ملابس (أحد المارة) ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه . وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوق على بناء آخر وأحدث به ضرراً (١) » .

#### ٥١٩ - التقنين المدني الفرنسي : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث

بوضوح في التقنين المدني الفرنسي . فقد صارت المسئولية التقصيرية في هذا التقنين قاعدة عامة . وتميزت عن المسئولية الجنائية . وقامت على أساس الخطأ . وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتي : « كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضاً بإحتماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضعي التقنين الفرنسي قصدوا النص على الأعمال العمدية في المادة ١٣٨٢ . وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إحمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيها ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع

(١) « On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue , un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit , comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit , si des animaux mal gardés font quelque dommage , si on cause un incendie par imprudence , si un bâtiment qui menace ruine , n'étant pas réparé , tombe sur un autre et y fait des dommages » .



الأخطاء التي تترتب عليها المسؤولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية . ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسي من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فتصت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ على المسؤولية عن الأولاد والذميد وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء . وفي كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسي أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً . بل عن عمل أتى به آخر في رقابته أو حدث من شيء تحت يده . ولكن مسئوليته في كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً . فقد قصر في رقابة الغير أو أهمل في حراسة الشيء .

#### ٥٣٠ - تطور المسؤولية التقصيرية منذ التقنين المدني الفرنسي - نظرية

**تحمل التبعة (risque) :** وقد تطورت المسؤولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسي تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس . وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل لإثبات العكس . بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه في يده . وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسؤولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحمل التبعة . ونفصل ما أجملناه .

كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسؤولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقّقاً مما كان عليه الأمر في الماضي . فعاد ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسؤولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان

المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور . متأثراً بعاملين . أولهما علمي  
هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية بزعامة فرى (Ferri)  
عن وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية . حتى في  
المجرم نفسه . فمعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه . بل بالنظر لما تقتضيه  
حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي ،  
فأولى بالقانون المدني أن يكون الميدان المحصب لهذه النظرية . والعامل الثاني  
علمي ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل وزيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً  
على العامل في السكّرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ في جانب رب العمل  
حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه في البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتياط على بعض نصوص  
التقنين المدني الفرنسي . فشبّه الآلات بالبناء . وما دام يكنى في البناء إثبات  
العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً  
فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المنعوبة من الضرر . ولكن  
تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة في إثبات العيب  
في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل .  
ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى . فجعل رب العمل مسئولاً مسئولية عقدية عن  
سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه في  
استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعا . واجه الصعوبة من طريق  
مباشر . فنأدى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية  
التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة  
الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فمن خلق تبعات يبعد من  
مفاعمها . وجب عليه أن يحمل عبء مفاعمها . وقد قام على رأس الفقهاء ،  
يتأدى بهذه النظرية . سالي وجوسران . وبنياها على تفسير جديد محور  
للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . فذهب إلى أن المشرع  
الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أيا كان

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à ... » (autrui un dommage). وأنه رسم قاعدة عامة في المسؤولية عن الأشياء والفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول : « يكون الشخص مسؤولاً ... عن الضرر ... الذي يحدث بفعل الأشياء التي متى في حراسته ». (On est responsable... du) (dommage.. qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde

على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تخويرها هذا التخوير الذي لم يخطر ببال المشرع الفرنسي وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموها « نظرية تحمل التبعات المستحدثة » ( théorie objective ) أو النظرية الموضوعية ( théorie des risques créés ) يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التي تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادي . فهمي أولاً تصطدم مع المنطق ، فنذا انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح التعويض الملقى لا دخل للعقوبة فيه . ثم بعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية . ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التعويض . لا الخطأ الذي يقتضي العقوبة . وهي بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادي . وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فإدام الشخص ينتفع بالشئ فمن العدل أن يحمل تبعته ، والغرم بالغنم . وإذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الزراعة . ففي نظام اقتصادي قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسؤولية الموضوعية . فالواجب إذن في رأي هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية ، أي هجر المسؤولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المخردة عن أي خطأ . ويبرجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتي : يقع ضرر لا خطأ من أحد ، فمن الذي يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحملة المضرور وهو الذي خضع لتبعة لم يكن له يد في إيجادها وليس هو الذي يفيد منها ، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذي أوجد هذه التبعة وهو الذي يفيد منها ؟ أضف

إلى ذلك أن العلاقات المادية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر . فإن هذا يدخل في مخاطر صنعه . وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر . وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله . فإن ذلك لا يبهظه . بل هو يخفق به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار . كبير المنفعة . يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسؤولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ . ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا الفرص غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسؤولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين في المسؤولية الشخصية : إذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ في جانبه . فإذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس . استطاع المدين أن يدفع المسؤولية بإثباته السبب الأجنبي . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه . إما بتنى الخطأ في ذاته . وإما بتفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبي . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه . ولو بغير خطأ منه . فهو المسئول عنه . هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية في أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء في نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية في معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران ودعموج وسلافاتيه . وكان السبب في وقوف الفقه عن المضي في النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية . وبقى

بعداً عن أن يأخذ بها كمسألة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها في بعض نواحي النشاط وما تولد عنها من تبعات . أخذ بها في تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك في تشريع العمال الذي صدر في سنة ١٨٩٨ . ثم أمد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدعت كل هذه التشريعات في تشريع موحد صدر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسؤولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر في أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل . حكم له بتعويض مقدّر (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل . ولا تنتفي المسؤولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفي بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أيضاً في «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع في سنة ١٩٢٤ يجعل المنتفع بالطيارة مسئولاً عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنتفي المسؤولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو عمل الغير . وإنما تنتفي بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أخيراً في «تبعات التضامن الاجتماعي» (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر في سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض الضحايا عليه في جنحة أو جنابة في الأحوال التي يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه بريء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية) . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر في سنة ١٩١٩ وآخر في سنة ١٩٢١ بوجيان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة في أحوال معينة . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطني (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من التفاؤل . فهذه تبعات الحرفة . وتبعات الطيران . وتبعات التضامن الاجتماعي ، قد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسؤولية بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risque de propriété) . ثم على تبعات النشاط العام (risque d'activité) . حتى يستكمل بذلك جميع الصور في تبعات

الحظر المستحدث» (risque créé) ولكن لا تزال بعيدين كثيراً في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور. بل إن أهم صورة فيها، وهي صورة تبعات الحرفة، ليست تسجيلاً كاملاً للمسئولية الموضوعية ما دام الضرر لا ينال تعريضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر. ثم إن المشرع الفرنسي قد أصدر، من جهة أخرى، تشريعات هي في صريح للمسئولية الموضوعية، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات (١).

وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية، بل هو بشرط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ. ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال كثيرة. وسرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء. واستعان القضاء الفرنسي، إلى جانب الخطأ المفروض في المسئولية التقصيرية، بالمسئولية العقدية في بعض الحالات. وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل. ومهما يكن من أمر، فإن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية. ولم يجد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة. وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية. وذلك عن طريق الخطأ المفروض.

## ٥٢١- المسئولية التقصيرية في التقنين المصري القديم : وقد أخذ

التقنين المصري القديم قواعد المسئولية التقصيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض. فوضع القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية. وأقامها على خطأ واجب الإثبات. إذ نص في المادتين ٢١٢/١٥١ على ما يأتي : « كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ ويتعلق بمسئولية المعلمين عن تلاميذهم. وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٩٩٩. وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة وخدمة مكان مسئولية المعلمين، ولكنه تطلب لتحقيق هذه المسئولية إثبات خطأ في حساب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً.

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢. ينشئ فيه من المادة ١٣٨٤ - بعد أن سلم أن هذه المادة تنظم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض - حالة الحريق، فحل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات.

ملزومية فاعله بتعويض الضرر » . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على  
 عرار القانون الفرنسي . فأكمل نص المادتين ٢١٢/١٥١ بما يقرر مسئولية  
 المكلف بالرقابة عن هم تحت رعايته . وأقام هذه المسئولية على خطأ مفروض ،  
 إذ قضى في عبارة غامضة بما يأتي : « وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ  
 عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته  
 أيهم » . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع ( م ٢١٤/١٥٢ ) . فالمسئولية  
 عن الحيوان ( م ٢١٥/١٥٣ ) . فبني المسئولية في هاتين الحالتين أيضاً على خطأ  
 مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسي النص الخاص بالمسئولية عن البناء .  
 كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسي المسئولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر  
 عليه هذا القضاء أخيراً في تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين  
 المدنى الفرنسي . إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم  
 قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض  
 الفقهاء في مصر نادى بوجوب الأخذ بها (١) . فإن القضاء المصرى في  
 أحكامه ، عدا النذر اليسير (٢) ، قد قطع في عدم الأخذ بها . وأعلنت  
 محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة (٣) .

- (١) الدكتور عبد السلام دهمى بك في الاتهامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .  
 (٢) أنظر في هذه الأحكام الموجز في النظرية العامة للاتهامات للدكتور ٣٨٣ هامش  
 رقم ٢ . وانظر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧  
 مجموعة الرسمية ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ اتهامات  
 ١٠ رقم ٨٨ من ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٧ يونيو سنة ١٩٢٩ رقم ٢٠  
 من ١٨٨ من ١٩٥ .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض : « إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل  
 الإنسان مسؤولاً عن عاقر ملكة التي لا يملكها شيء من التعصب ، بل إن هذا النوع من  
 المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتمامه ، فلا يجوز للقاضى اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب  
 المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه ، إذ أن هذه المادة لا تصح الرجوع إليها  
 إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة شاملة .  
 وإذن الحكم الذى يربط مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث لأملاك على نظرية مسؤولية محامير  
 الملكة التي لا تنصير فيها والمسئولية الشبيهة يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقره الشارع ولم  
 يردده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويعتبر نقضه » ( نقض مدنى في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ )

## ٥٢٢-المسئولية التقصيرية في التقنين المصري الجديد : مكان التقنين

المصري القديم قد ألزم الإنجاز التام في النصوص التي أوردتها في المسئولية التقصيرية ، على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد في هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قابل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التي كانت تشوب نصوص التقنين القديم (١) .

ويتبين من النصوص التي أوردتها التقنين الجديد أمران :

أولاً - أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صنماً . إذ يجب في هذا الصدد أن يسلك المشرع المصري الطريق الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادي أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة . فيأخذ بها في هذه التشريعات

= ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ من ٤٨٥ . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ من ٧٤٥ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١٥٤ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٨١ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ١٠٩ ( تحمل التبعة الاجتماعية ) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :  
« بالغ التقنين السابق في التزام الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :  
بالوضع من شيء من الغرامة . ولا سيما إذا روعي أن أحكام المسئولية التقصيرية قد أصابت منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ، ووجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل في تقنين عصري مكاناً لا يدايه في أهميته ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع في قسمين رئيسيين . أفرد أولها للمسئولية عن الأعمال الشخصية ، وهي المسئولية العامة أصلاً ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثاني فقد جمعت فيه أحوال المسئولية بمن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وهي أحوال تقوم فيها للمسئولية على افتراض الخطأ . وقد أسهل المشروع القسم الأول بالاعادة الأساسية في المسئولية عن الخطأ الثابت ، فأقرها في نص واضح موجز اقتبس من المشروع الفرنسي الإيطالي . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرق في حياليتها التشريعية من التقنين الألماني . لهذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تنفوي في عمومها جميع التعيينات التفصيلية للخطأ الشخصي ، يبدأ بمطابقة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام . ومذهب هذا يقرب من مذهب القانون الإنجليزي . ونسكه أخلق بنظام قانوني يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التعليق في المسائل التفرعية ، منه بتقنين يقصد به إلى تحرير مبادئ عامة . ولهم الملة أعرضت عنهم ذات التقنينات التي درجت على استنباط التقنين الألماني ، كتقنين الالتزامات السويسري والتقنين المساوي المعدل والتقنين البولوني . ( مجموعة الأعمال الشخصية ٣ من ٣٥٠ ) .



إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلا : متمشياً  
فى ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد (١) .

(١) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بجعل  
التجعة بالتعذر المقول ، نذكر ما يأتى :

١ - قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل ( وقد حل محل القانون رقم ٦٤  
لسنة ١٩٣٦ ) : ويقضى بأن لكل من أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول  
من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعنى صاحب العمل  
من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعذر إصابته منه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء  
سلوكه وحسن ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك  
بمدرب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ حسيب من جانب رب  
العمل . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بتعويضه من  
العمل وشركة التأمين ، ما مضى . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض تقضى قانوناً مسؤولية شخص  
آخر خلافاً لرب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض من العمل أو ذلك الشخص الآخر . ويجعل  
رب العمل الذى دفع التعويض على العامل فى حقوقه قبل الشخص المسئول ، كما يخصم التعويض  
الذى يقضيه العامل فعلاً من الشخص المسئول من التعويض المستحق له قبل رب العمل . وإذا  
دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فإنها تحول على صاحب العمل فى حقوقه . وقد درس القانون  
رقم ٨٩ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، قضى على كل صاحب عمل أن  
يؤمن على حوادث العمل التى يلزم بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ( وقد  
حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قدمنا ) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل العمال  
أى نصيب فى تعاقبات التأمين بأية طريقة كانت .

٢ - قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أضرار المهن : ويلحق أضرار  
المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأضرار دون حاجة  
إلى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ - قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المباني والمصانع  
والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال  
يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المتهربين بهذا القانون ( فهو بمثابة تأمين  
إجبارى ) ومبلغ من الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٤ - قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار  
الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب  
بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة ( الربان وضباط الملاحة والمهندسين والبحريين  
والبخارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة ) .

٥ - قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بحماية الإسكندرية : ويقضى  
بمسئولية السفينة — فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد — عن كل هلاك أو ضرر يصيب  
مفجئة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد . ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراب طاسفه من  
السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ريان السفينة .

تالياً - جعل التقنين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

ونحن نسابر هذا الترتيب . فنبحث المسؤولية التفصيلية في فصلين :  
(الفصل الأول) في المسؤولية عن الأعمال الشخصية .  
(والفصل الثاني) في المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

## الفصل الأول

### المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣- مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات : المسؤولية عن الأعمال

الشخصية . أي عن عمل شخصي يصدر من المسئول نفسه ، هي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدين . وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التفصيلية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسؤولية تقوم على خطأ مفروض إلا في حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، في قاعدتها العامة . لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم في أركان المسئولية : ثم في آثار المسئولية .

## الفرع الأول

### أركان المسئولية التفصيلية

٥٢٤- أركانها : تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (١) . »

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر » . وفي لجنة المراجعة :

وبتين من هذا النص أن المسؤولية التقصيرية . كالمسئولية العقدية ، لها  
أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .  
فتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

## المبحث الأول

### الخطأ (\*)

(La faute)

٥٢٥ - مسألتاه : نحدد أولاً فكرة الخطأ الذي يوجب المسؤولية  
التقصيرية : ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

== عدلت المادة تمديداً لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد، وأسحت المادة ١٦٧  
في المشروع التامى . وقد وافق عليها مجلس النواب، ثم لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ تحت  
رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ - ص ٣٥٦ ) .  
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « تبصر  
للمادة ٢٣٠ من المشروع ( م ١٦٣ من القانون الجديد ) في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً  
ومسوحاً حكم المسئولية التقصيرية في عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على ( كل خطأ  
سبب ضرراً للغير ) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما .  
( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٠ ) .

• بتقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطنى القديم والمادة ٢١٢  
من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :  
م ١٥١ من القانون الوطنى القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله  
بتعويض الضرر ... » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله  
بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة  
لسنة أو لأى سبب آخر » .

(\*) بعض المراجع : رولان (Rolin) في بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة  
وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ - واتسبرت (Rutsnert) في أساس المسئولية عبر  
العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ - مارتون (Marton) في أساس المسئولية المدنية  
سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - تيسير (Teissiere) رسالة من  
أكس سنة ١٩٠١ - بيسك (Boeck) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠١ - كوهندى  
(Cohendi) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ - سافانييه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ -  
بترمييه (Bettremieux) رسالة من ليل سنة ١٩٢١ - ليجال (Legall) رسالة من بريس ==

## المطلب الأول

### تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

٥٢٦- آراء مختلفة في تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء في تحديد

معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذبوعاً ، وهي أربعة :

مرأى شائع بين النتهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل انضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً فى تحديد معنى الخطأ . إذ يبنى أن نعرف ما هى الأعمال التى تلحق ضرراً بالغير وبهى عنها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط معينة ، وهذا ما نطمحه فلا نجد فى هذا الرأى .

ورأى ثان - قال به الأستاذ پلانيون - يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام

== سنة ١٩٢٢ - مينييه (Meignié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - ولهم (Wilhem) رسالة من مونلييه سنة ١٩٢٨ - شيت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ - ديران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ - فيريه (Faire) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - جواتون (Joatton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ - سلفيان مرفس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ - ليمير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ - ستارك (Starek) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ - هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

المقالات : يعطون ليعنى فى المسؤولية والعقد (الحجة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ و ص ٢٨٣) - جيبى فى نعمل التبعة وانشولية (الحجة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) - لابول فى أساس المسؤولية (الحجة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٤) - جودمييه (Gaudemet) تصور حديث فى المسؤولية المدنية (الحجة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - زيمان فى مبادئ المسؤولية المدنية (الحجة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفى ثلاث مسائل فى المسؤولية المدنية (الحجة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) - شوفو (Chauveau) فى مسائل المسؤولية (الحجة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٣٠٦) - سافاتييه فى التواعد العامة فى المسؤولية المدنية (الحجة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) .

(١) أنظر المادة ٢١٢ من القانون المخلط القديم ، وتقول : كل فعل مخالف لآداب .. . وقد سبق ذكرها .

سابق (١). ينشأ هنا أيضاً أن نعرف ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ. يحاول بلانبول أن يحصرها في أربعة : الامتناع عن العنف ، والسكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تنبأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ . بل هو تقسيم لأنواعه .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل إيبي بقول إن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فن حققهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم . ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فن حققه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (confiance légitime trompée). وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين . فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق ، والإخلال بالواجب . والحق الأقوى أو الحق المماثل . كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد .

## ٥٢٧- الخطأ كركنه - ركنه مادي وركنه معنوي : والرأي الذي

استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية . فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالالتزام قانوني . كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالالتزام عقدي . وقد رأينا أن الالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

(١) ومنه هي عبارة بلانبول ذاتها : La faute est un manquement à une obligation préexistante (بلانبول ٢ فقرة ٨٦٣).

(obligation de moyen) . أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف . كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية .

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادي وهو التعدي (culpabilité) ، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك (imputabilité ، discernement) .

## ١٨ - الركن المادي : التعدي

### ٥٢٨ - مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي : نستظهر

كما تقدم أن الخطأ انحراف في السلوك . فهو تعد يقع من الشخص في تصرفه ، ومجاوزة للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعدد الشخص الإضرار بالغير - وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) - أو إذا هو دون أن يتعد الإضرار بالغير أهمل وقصر - وهذا ما يسمى بجريمة المدنية (quasi-délit civil) .

أما الضابط في الانحراف فينبصر أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فيقاس التعدي الذي يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص المتعدى نفسه ، لا إلى التعدي في ذاته . أو نحن ننظر إلى التعدي من خلال شخص المتعدى . فنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك ، أي في سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى

العادى المألوف . فالتعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً فى السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضلالة ، ولمكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصى على هذا النحو لا شك فى عدالته . فهو يأخذ كل شخص بحريته ، وبقياس مسئوليته بعبارة من فطنته وبمقتضى . وهو فى الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانونى والخطأ الأدبى . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . قسمة ذلله ووازعه . يشعره بما يسمون أن يرتكب من خطأ ، وينبذ عنه . أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصى فيه عيب جوهرى لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وأباً بالغرض . فهو يقتضى أن تنسب الانحراف فى السلوك إلى صاحبه . فننظر إلى الشخص ، ونكشف عما فيه من يقظة . وما خلاص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات . وهذا كله أمر حتمى . بل لعله أن يكون من الحفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص . فالانحراف عن السلوك المألوف ، تراه الناس فى العادة انحرافاً محتملاً . يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى . ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين فى الفطنة . فاذنب ضحية هذا الانحراف أو ما الذى يعنيه وقد حاق به الضرر — من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى . وهل التعويض جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة . فيصيب المجرم فى نفسه قبل أن يصيبه فى ماله ؟ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى التعدى ، فيصيب المسئول فى ماله قبل أن يصيبه فى نفسه ؟ لا شك فى أن التعويض جزاء مدنى لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك فى أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شئ اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن فى العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبأ بما يمكنه من سريرة خفية ، كذلك الدائن فى العمل غير المشروع ينبغي أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعبأ بما ينطوى عليه مدینه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجع لأخذ بالمقياس مجرد دون المقياس الشخصى .  
فبمقاس الانحراف بسلوك شخص مجرد من طروفه الشخصية . هذا الشخص  
المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس . فلا هو خارق الذكاء  
شديد اليقظة ويرتفع إلى البروة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل  
إلى الخفيض : وهو الشخص الذى اتخذناه من قبل مقياساً للأخطأ العقدى فى  
الالتزام ببذل عناية . حيث بطل من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل  
العادى . وهو شخص عرفه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل  
(bon père de famille) . نظر إلى أمانوف من سلوك هذا الشخص العادى ،  
ونقيس عليه سلوك الشخص الذى نسب إليه التعدى . فإن كان هذا لم ينحرف  
فى سلوكه عن المأوف من سلوك الشخص العادى . فهو لم يتعد . وانفى عنه  
الخطأ ، ونقص المسؤولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف . فهما يكن  
من أمر فطته ويقظته ، فقد تعدى . وثبت عليه الخطأ . وترتبت المسؤولية  
فى ذمته . بهذا وحده . يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالغرض . فلا  
نحن فى حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ،  
ولا المقياس يختلف فى تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدى أمراً  
واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف  
المأوف من سلوك الناس صار تعدياً . يستوى فى ذلك أن يصدر من فطن ذكى  
أو وسط عادى ، أو خامل غبى . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ،  
فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) .

---

(١) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وفى  
لفظ (الخطأ) فى هذا المقام عن سائر الموت والكنى التى تخطر بباله فى معرض التعبير  
كاصطلاح (العمل غير المشروع) ، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذى يحرمه القانون)  
أخ ... فهو يتناول الفعل الملبى (الاستناع) والفعل الإيجابى ، وتصرف دلالة إلى مجرد  
الإعمال والفعل المدعى على حد سواء . وغنى عن البيان أن سر الأفعال التى يتحقق فيها معنى  
خطأ فى نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدي قط إلى  
وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى . وهو يسترشد فى ذلك بما  
يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فتمت التزام يفرض على  
الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ . ويقضى هذا  
الالتزام تصرفاً فى التصرف ، يوجب إعماله ببذل عناية الرجل الحريص (اقرأ الرجل العادى) . »



ولا نريد في دفاعنا عن المقياس الجرد - وهو المقياس الذى أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء - أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسؤولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة . إذا أخذ بهذا المقياس . كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى . فقد يكون استنفاد ما وسعه من جهد ، وبذل ما فى طاقته من حرص و يقظة . ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى . فبعد انخراجه عن هذا المستوى تعديا . وبصبح مسئولا . ومسؤوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس الجرد . فهي لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى . ومن هنا يجيء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً . وهم مأخوذون بهذا المقياس الجرد . أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غما . ومن نزل عنه كان نزوله غما . هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع . وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه .

## ٥٢٩- التجرد من الظروف الداعية لاصح الظروف الخارجية: وهذا

المقياس الجرد - مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى - قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخص المتعدى . إذ هى ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى

== وقد أقر القنن التساوى هذا الضابط التوجيهى إفراداً تشريعياً ، فنص فى المادة ١٢٩٧ على أنه ( يفترض فيمن يتمتع بقواه العقلية أن تتوافر لديه درجة الانباه والناية التى تتوقع فى سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ فى كل عمل ينشأ عنه ضرر بمقتوى التبر إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة ) . وقد عرض القنن البولونى ، بعد أن وضع المبدأ العام فى المسؤولية التصرفية ، لصورة التحريض والإغارة على الإضرار وصورة الإغادة من الضرر . فقرر فى المادة ١٣٦ مسئولية من يمرض شخصاً آخر على الإضرار بالذير أو يهينه على ذلك ، كما قرر مسئولية من يفيد عن يئنه من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهى الخاصة بمسئولية الشريك ، فلا وجه للشك فيه ، لأن الاشتراك فى ذاته يمتد خطاً مستقلاً . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال غاملاً للظفر من وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع من أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يتجاوز أمره حدود الانفعال عن يئنه من ضرر أصاب الغير ، فلا تجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ( أنظر المادة ٥٠ من قانون الالتزامات والسبب ) .

( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٥٤ - ٣٥٥ ) .

حتى لو كان هو محدود الذكاء . قليل النخبة . ضعيف الإدراك (١) . وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، خامل الحمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف . ثائر الطبع . عصبي المزاج - ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر . أو كان صبيّاً صغيراً في السن ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة في المدن ، أو كان امرأة لا تسيطر أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بتقياس السلوك المألوف من الشخص العادي . والشخص العادي هنا رجل سليم النظر . تعود القيادة . يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هي الصفات التي ألقبها الناس . وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلاً في المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلاً في المدينة . ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادي الذي جعل مقياساً مجرداً . إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملازمة للشخص المتعدي إذ هي ظروف داخلية تنصل بهذا الشخص بالذات . فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولاً من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلاً . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي ، لا يتفرد به ، بل يستوى فيه مع سائر سائقي السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة في المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها . وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته في منعطفات ضيقة . أو في شوارع مزدحمة بالناس . أو على أرض مبللة . ففي مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيلة والأناة في السير . وهو قد يسوق سيارته في شوارع فسيحة أو في طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء في طريق مهمل . ففي مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

---

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المنوي للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلي .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى . الذى يجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ . يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملازمة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع . نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفًا داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهى ظرف السن . وظرف الجنس . وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة . حتى لو كان صبيًا أو امرأة أو ريفيًا ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المخرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة . حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الرقيقون دون غيرهم . فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فإن الصبي الصغير إذا لعب مع رفقائه لا ينبغي أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادة . كالتعليم والتوليد والتربص . لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والرقيق الساذج . وهو يعيش فى قريته النائية عيشته المألوفة . لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء . والرقيق فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغي أن يعتبر كل منهم متميلاً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث . شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المخرد للصبيان . فيما هو من أعمال الصبيان . صبي مثلهم . يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المخرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المخرد لأهل القرى ، فيما يدخل فى حياتهم الريفية . قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى

أعمال العبيان . ولا هي من الأعمال التي تبشرها النساء عادة . وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفًا داخلية شخصية لا ظروفًا خارجية عامة . ومن ثم يبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفًا داخليًا شخصيًا بالنسبة إلى شيء معين . ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمتنفسيات الظروف (١) .

### ٥٣٠ - عبء الإثبات في ركن التعدي : والتعدي على الوجه الذي

بسطناه ، إذا وقع من شخص فالحق ضرراً بآخر . كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدي . فإن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصي صدر من المسئول . وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي . فترتبت المسئولية في ذمته . وهذا هو عين ما قررناه في المسئولية العقدية . فقد قدمنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت إخلال المدين بالتزامه العقدي . كما أن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه (٢) . وهنا ، في المسئولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني . فلم يصطنع الحيلة الواجبة في عدم الإضرار بالغير ، بأن

(١) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدى (الإهمال أو التقصير) ففي الخطأ العمدى أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادي في سلوكه للمألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمد انحرفاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر ملزو ١ فقرة ٤٣٩) . ذلك أن من يعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فالتاجر الذي ينافس تاجراً آخر منافسة شرعية لا يكون مسئولاً حتى لو عمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يعمد الإضرار بالغير متعمداً إذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي . فها نحن هنا نطبق المقياس المجرد ، ولا يفتينا عنه قصد الإضرار بالغير . (قارن الدكتور سليمان مرقس في القمل الضار فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آتاهاً فقرة ٤٢٩ .

انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فألحق الضرر بالدائن (١) .

### ٥٣١- حالات تهمت بعمل التعدي عمداً مشروعا : وإذا أثبت الدائن

في المستوية التقديرية وقوع التعدي من المدين . رجع عليه بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا التعدي . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية . فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته . إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعي (état de légitime défense) . أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) . أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدني الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهي حالات نقلت عن القانون الجنائي . وتعتبر هناك أسباباً للإباحة . ونستعرضها هنا في إيجاز .

### ٥٣٢- حالة الدفاع الشرعي : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولما كان الأصل في المسؤولية التقديرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك أئتمى عبه الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . ورامى أن المشروع لم يبلغ في هذه الناحية شأو التقنين السوفيتي في ابتناء تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تقريباً على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . ففضى في المادة ١٠٣ بأن ( من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويرأى من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يفي هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إحدائه من نوباً ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إجماله القاضح ) . ورامى من ناحية أخرى أن الشقة بين أحكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تبة المخاطر المتعددة لأثرالزأ أبعد مدى ، مما يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ في عمقه مثل هذا المدن . وقصارى ما هناك أن المشروع قمع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء . أما المسؤولية على أساس تبة المخاطر المتعددة فلا يوجد في شأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تعليم مسائل تمت من النصح ما يؤهلها لهذا الضرر . التنظيم ( مجموعة الأعمال المتعددة ) . ٢٠٠٠ »

الجديد على أنه من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله . كان غير مسئول . على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضرورى . وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« من أحدث ضرراً وهو في حالة دفع شرعى ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وفي لجنة المراجعة ناقش الأعضاء فيها هو الدفاع الشرعى ، واستقر الرأي على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه في القانون الثانى ، وقد أصبح نص المادة الهائى كما يأتى : « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح النص ، في حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعى ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المنفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة في الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعضت عبارة « في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره » بعبارة « في حالة دفع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتماشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٢ ) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسى الإبطال .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون القديم ، ولكن القاعدة كان معمولاً بها ، والقانون الجديد لم يفعل غير أن فن أحكام القضاء في ذلك . وورد نصوم في قانون العقوبات عن الدفاع الشرعى نذكر منها ما يأتى :

م ٢٤٥ عقوبات : « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أسابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . ( وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها ) .

م ٢٥١ عقوبات : « لا يعفى من العقاب بالسكينة من تعدى بنية سلبية حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفعل جنائياً أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك عللاً وأن يحكم عليه ما يجزى بدلاً من العقوبة المقررة في القانون » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « ولما أحدث الضرر كذلك أن يتصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه ... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة : الدفاع الشرعى ، ومردود أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعى فقد عرفها التمييزان التونسى والمراكشى في المادتين ١٠٤ - ١٠٥ بأنها =

فالدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعى وهى : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على نفس الدافع أو ماله . أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل . بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة (١) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع . فليس

== (حالة يغير فيها الشخص على العمل ليدفع اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله ) . فن يقوم بالدفاع الشرعى فى مثل هذه الحالة ، فيجئ ضرراً للمعتدى ، لا يكون مشولاً ، ولا يعتبر ماوقع منه خطأً يوجب المساءلة . وقد نص التقنين الألمانى صراحة على ذلك ، فقضى فى المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرض على الشخص جبراً فى سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون » . ولم يقتصر القانون البرتغالى على تفويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يتم على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبى ، وإنما هو واجب قانونى ترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن « كل من يمنع عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التوهم مسئولية احتياطية » . وبدیهى أن المسئولية لا ترتفع فى حالة الدفاع الشرعى إلا إذا كان من ألقى إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر فى غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ماوقع منه من قبيل الخطأ ، وقاس المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفى هذه الصورة يقضى للمضروب بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره الثانى وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٨ — من ٣٧٩ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع يكفى فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت العبرة فى التقدير بما يراه الدافع فى ظروفه التى يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهى تصدر الحكم فى الدعوى يجب ألا يحجب له حساب فى ذلك . وإذن فقول المحكمة بأن التهم لم يصب لاهو ولا أحد من الأهالى بأية إصابة ، وأن قصد الماكر الحجب عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقة إليه كان مجرد التهديد — هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفى ما تمسك به التهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى ، إذ هو لو كان اعتقد فى الظروف التى كان فيها أن البار الذى أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد من كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له ما يبرره ولكان كافياً فى تبرير طلب التعويض . تم ١٤٠٥ رقم ٢٤٤٠ — سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٤ رقم ٩٨ ==

لمن أتى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعى. (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعى كان متعدياً . وثبت في جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه يقابه خطأ من جانب المعتدى . فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعى مسئولية مخففة ، والتعويض الذى يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك . وسيرد ذكر ذلك .

ومنى توافرت شروط الدفاع الشرعى . كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ في جانب المعتدى عليه . فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البادى . والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا يبنى التعدى في جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثانى) ان دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر . استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذى يقاس به ركن التعدى يؤدى إلى هذه النتيجة . فإما هو السلوك المألوف للشخص العادى إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعى في ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة

== ٣٢١ - أنظر أيضاً نفس جرائى في ١ أبريل سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٥ رقم ٨٣ من ١٩٤٣ . وفنت كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الثانية بالحكم هي أن التهم لم يطلق الموقوف التارى التى أصاب الجنى عليه إلا حين رآه عند القبر في زراعته يسرق منها فهنا ، من كانت الإصابة غير ممتدة ، مما يسوغ القول بأن التهم كان في حالة دفاع شرعى عن ماله ( نفس جرائى في ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٤ رقم ١٤٩ من ١٩٤٠ ) .



لدفعه ، اعتبر عمله تعدياً يخفف منه الاعتداء الذى بودى به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخرج ، لأنه هو الذى يتمشى مع المقياس الجرد لركن التعلى على النحو الذى أسلفناه (١) .

### ٥٢٣ - مادة حقبة صدر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون

المدنى الجديد على أنه « لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تظيلاً للأمر صدر إليه من رئيس . متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة . واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة . وأنه راعى فى عمله جانب الحيلة (٢) » .

(١) أنظر مازو ١٠٩٩ - هذا ولم أحداً بالتخرج الأول ، ولعلنا دفع الاعتداء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، تصدق تبرير الإعفاء من المسؤولية التفسيرية فى حالة الضرورة ، ولكن العمل الضار الذى يقع فى هذه الحالة خطأً فحشاً لم يقابل خطأً استغرقه من جانب الضرور ( أنظر فقرة ٣٤٤ فيما يلى ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذى أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس يجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ - وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيلة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « من رئيس يجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من رئيس نظماً متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى يجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى يجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حدثت كلمة « نظماً » لأنها تزيد ، وأدجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : « واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيلة » . وقد بوخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلاً يشير فى ذهن أن الأمر لا يبدو مجرد الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسؤولية لا ترفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التى يتضمنها النص . وأوضح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٣ - ص ٣٧٦ ) .

ولم يشمل القانون المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يبره على مقتضى هذا الحكم لانتباطه على القواعد العامة ( أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م =

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل المتعدى عملاً مشروعاً بشروط ثلاثة: (أولاً) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً (١). (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيسه ولو غير مباشر. طاعته واجبة عليه. وليس يكفي أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة — وهذا ما كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يكتفى به — بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة. فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مروضه أمراً غير واجب الطاعة. فلا يجوز للمروض فى هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع. وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية

== ١٠ من ١٧٤ — وفى ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٢١.

ويشتمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدنى الجديد، هو المادة ٦٣، وتجرى على الوجه الآتى:

« لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية: (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة. (ثانياً) إذا حثت بيته وارتكب فعلاً نهدياً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراؤه من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة. »

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: « وترفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الصادر قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة. ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان. فيجب أولاً أن يكون عمد الضرر موظفاً عاماً. ويجب ثانياً أن يكون العمل الصادر قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر. وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس لحسب (وقد رأينا أن المشروع النهائى جعل الصاعه واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس)، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه. وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى جانب المحطة فيما وقع منه. » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٩).

(١) ولما كان القانون المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا، فقد كان القضاء لا يجعل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ١٧٤ — محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ من ٢٤). وكان يبحث هل الوكيل يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ من ٢٠٢ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١٨٩)، وهل مدير الشركة يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٧٩)، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا ينفذون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع.

الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وجبهه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي نفذه وأن هذا الاعتقاد مبني على أسباب معقولة لا على مجرد الظن (١) . والثاني أنه راعى في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحري .

بهذه الشروط وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملاً مشروعاً لا يوجب مسئوليته . وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسؤولية الرئيس الأمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المجرد . مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي . فإن الشخص العادي إذا وجد في الظروف التي حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا ترتب مسئوليته (٢) .

وما يقال في إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً في إطاعة أمر القانون . فيكفي أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءاته داخل في اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبني على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحري ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادي (٣) .

### ٥٣٤- حالة الضرورة : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الجديد

على أن من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره ، لا يكون

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذي ارتكبه ، فإنه يكون مسئولاً (استئناف مختلط في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٢١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) - وانظر في الموضوع : استئناف مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إداري يجعل العمل مشروعاً ، فإن الترخيص الإداري لا يفي من المسؤولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسئولاً إذا أضر الغير بمخطئه ، ولا يستطيع أن يدفع مسئولته بأنه حصل على ترخيص بإدارة المصنع واستوفى الشروط التي تطلبها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

ملزماً إلا بالتعويض الذى يبرأه القاضى مناسباً (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التيمى على الوجه الآتى : « من سب مبرراً للغير ، وقاية نفسه أو لغيره من ضرر محتمل يترتب كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يبرأه القاضى مناسباً » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً لنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٧٧ - س ٣٨١ ) . وانظر أيضاً فى هذه المسألة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإبطالى ، والمادة ٢٢٨ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص يقابل هذا النص فى القانون المدنى الجديد . ولكن قانون العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأنه إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر حسيم على النفس على وشك الوقوع به أو غيره ، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منه طريقة أخرى » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستمع للتخفيف من المسؤولية أو مبراها . فهي تؤدى إلى التخفيف إذا لم يكن للضرر نصيب فى قيامها . وبطل عدت الضرر مشمولاً فى هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يبرأه القاضى مناسباً ، باعتبار أنه أجبر إلى ارتكاب الفعل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محتمل أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أبسر تعة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مشمولاً قبل عدت الضرر أى قبل الضرر وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغى التحرز ، فى هذا المقام ، فى التعريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية . وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى . وفى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مدوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذى كان يهدده . أما القوة القاهرة فهي على النقيض من ذلك تلجئ إلى الإضرار بإلما لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الدائم الذى يقصد إلى توفيه فى حالة الضرورة لا يكون للضرر يد فى إحداثه . ويمتنع عن ذلك وضع الضرر فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته عدت ذلك الخطر . ويفترغ على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلف بإحالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدعه إليه خطر خارجى ، وإنما استلزمه خطر صادر من الضرر نفسه . وفى مثل هذه الحالة تنتفى المسؤولية بتماماً ، ويكون للضرر حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألمانى هذه التفرقة ، فنص فى المادة ٢٢٨ على أن ( كل من أثلث أو خرب شيئاً مملوكاً للغير لدره خطر يهدده أو يهدد غيره من جراء هذا الشيء لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإثلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفسله سئل عن تعويض الضرر ) . وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها مع اختلاف فى التعبير ، فنص فى المادة ١٤٠ على أن ( كل من =

فالشروط التي يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هي : (أولاً) أن يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره . مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسؤولية المدنية . أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبي . فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي ينشأ خطراً هو الذي جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسؤوليته كاملة . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر . فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسؤولية أصلاً . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذي وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذي يخشى الفرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة : كأن يقطع شجرة مملوكة للغير بمسك بها حتى ينقذ نفسه من الفرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة ،

خرب أو أكل شيئاً مملوكاً للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يهدده أو يهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشيء أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجب هذا الخطر ، وكان الفعل الذي ترتب عليه الضرر لازماً . ويلاحظ أن التفتين التقدم ذكرهما بفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شيء يملكه الضرور وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . ففي الحالة الأولى تنتفي المسؤولية بتأناً ، في حين أنها تظل في الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو الضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسؤولية في هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو فيها في جملتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩ - من ٢٨٠) .

أنظر في حالة الضرور : مازو ١ فترة ٤٩٢ - فترة ٤٩٥ - ديموج ٣ فترة ٢٤٠ و ٦ فترة ٦٢٨ وما بعدها - سافاتييه ١ فترة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقال لاله نضر في مجموعة من الدراسات في القانون المدني لذكرى كابتان ص ٢٢٩ وما بعدها - ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فترة ٤٦ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فترة ٥٦٢ - لالو فترة ٣٠٢ وما بعدها - لالان (Lallement) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - أبوف (Abouf) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة القاهرة تنفي المسؤولية بشأنها . فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثاني أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع . وهذا هو الفرض المألوف فى حالة الضرورة . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دمه ، يتفادى خطر المرض . وهو فى العادة أشد بكثير من الحساسة التى نصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة - ومن ثم وجب التريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة - ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية . وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذى يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها ، ليطفىء حريقاً شبت فى داره ، لا يعفى من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها . فيلزمه القاضى بتعويض مناسب . أى بتعويض مخفف ، عن المسؤولية التقصيرية - وهذا ما يقضى به النص صراحة - إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الحساسة . وفى هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر . ومن فعل ذلك كان متعدياً . وتحققت مسئولية التقصيرية كاملة (١) . ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسؤولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى . فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسؤولية .

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى . لذلك لم تقم المسؤولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة . فجاء النص

---

(١) قس أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ م ٩٦٣ - وفى ٩٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ م ٤٦٨ .

محمداً لمستوفيه . ووقع الانحراف كاملاً في الفرض الرابع . لم يخفف منه ضروره برره . فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة (١) .

## ٢٤ - الركن المعنوى : الادراك

### ٥٣٥ - مناط المسئولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوى في الخطأ

فلا يكفي ركن التعدى ليقوم الخطأ . بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمار التعدى مدركاً لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبي غير امير . والمحمول . والمعنوه عنها تماماً ، ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والعبوبة والمرض ، والمنوم تنويعاً مغنيطيسياً . والمصاب بمرض النوم ، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم . وهذه مسألة كاد الإجماع يتفق عليها منذ تقررت في القانون الرومانى . وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

### ٥٣٦ - ركن الادراك ينفي الخطأ عن عديم التمييز : ولكن تبار

(١) بقيت مسألة أخيرة في ركن التعدى ، هي المقارنة ما بين وضعت لا تحقق المسئولية في أى منها مع أنها وضعتا مختلفان . فهناك وضع لم يتم فيه ركن التعدى فانتفى الخطأ ، ووضع انتفى فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي . ويخطئ من يظن أن هذين الوضعين متماثلان : لاشك في أن قيام السبب الأجنبي تنفى به المسئولية ، فلا محل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسئولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبي إذا لم يتم ، بقى محل للبحث هل الخطأ متف أو موجود . وبصر الأهمية العملية لما تقرر في حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس . كما في مسئولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المشغل في هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبي (cause étrangère) ، بل يكفي أن يثبت انتفاء الخطأ (absence de faute) . وهذه مرحلة أبسر في الإثبات إذ يستطع من فرض في جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم يتعرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى ، وبذلك ينتفى الخطأ . أما من يثبت السبب الأجنبي فإنه يثبت أن الطريق الذى سلكه هو الطريق الوحيد الذى كان يتعم عليه أن يسلكه . والفرق ماهر بين الوضعين .

فانتفاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبي (أنظر ملزوم ١ فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٣) .

الطرية المادية في المسؤولية التفسيرية . هي النطية التي تنبئ المسؤولية على تحمل التبعة لا على خطأ . بدأ في العهد الأخير بعيد إلى ميدان البحث بمسئولية عدم التمييز . فأنصرت النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستنضج إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إما تقوم على الضرر . ونعوا على المتسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز . وأندروا إلى حالات آتت من المساءلة فيها ألا يعرض عديم التمييز إذا كان واسع الرأى ما أحدثته من ضرر حسب لتقرير معدوم . فعمد بعض أنصار المسئولية المبينة على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . ورأوا في المقياس المحرد الذي المحدود معياراً للتعدى ما ظنوه يعينهم على القول بمسئولية عديم التمييز في نطاق الخطأ فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً فحسب على إحداث الضرر . بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدى . والتعدى له هذا المقياس المحرد الذي سبق بيانه . وعديم التمييز . صغيراً غير مميز كان أو مخوناً أو معتوهاً أو غير ذلك . إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى . بدأ الخرافة . ووضع شدوذه . ولم يدع مجالاً للقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير ، كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقداساً للتعدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية

ونبادر إلى القول إنه حتى لو قبل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدى ، فإن المقياس المحرد لهذا الركن لا يعمق في نظراً القائلى بمسئولية عديم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة . عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال . فالصية والنساء والريفيون مقياسهم المحرد في الأعمال التي تصدر منهم في العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة ، وإن تجرد من الظروف الخاصة التي تتعنى فرد من هذه الطائفة . كذلك عديم التمييز



هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة . ولا كان عديم التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين . فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً . يدخل في من أعماق المعتادة . ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز (١) . فإذا قيس سلوكهم في أي عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز . فإن هلك السلوك لا ينحرف عن مقياسه . ولا يعتبر بعيداً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا يتطوى إلا على ركن التعدي . والصحيح في نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسؤولية المدنية . مهما جردناها من العوامل الأدبية . مرتبطة بهذا العامل الأدبي لا يجوز أن تنفك عنه . فهي تقوم على التمييز . والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً . ما دامت المسؤولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . فهي تربط المسؤولية بالخطأ . وتربط الخطأ بالتمييز . فتشيع في المسؤولية عاملاً أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه . إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد (٢) .

ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التمييز في المسؤولية التقصيرية لا يكيف على أنه

(١) فالخارجين مقياسهم المجرد ، فيما هو من أعمال الخارجين ، مجنون منهم تقاس تصرفاتهم إلى تصرفاته . وبلا حظ أن كل عمل يصدر من المجنون يعتبر من أعمال الخارجين ، وأن الخارجين سواسية في انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو المقياس المجرد .

(٢) أنظر بلابيول وريير وبولانجيح ٢ فقرة ٩٦٨ - كولان وكابيتان من ٢٢٢ - من ٢٢٤ - بلابيول وريير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ - الموجز للمؤلف من ٣٢٥ - من ٣٢٢ - مصطفى مرعي بك من ٤٩ - من ٥٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك من ٣١١ - من ٣١٣ - أنظر عكس ذلك ما زو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الفاعل من ٣٥ - من ٣٧ - ومع ذلك أنظر من ٦٤ الدكتور عبد المعلى خيال بك مذكرة غير مطبوعة مشار إليها في مؤلف حشمت بك من ٣١٢ .

هنا وقد بينا ما يتطوى عليه مقياس الشخص المجرد من تسليم جزئي بتحمل التبعة ، فلو قلنا بمسئولية عديم التمييز ، لكان بالنسبة إليه بنظرية تعمل التبعة تسليمًا كاملاً .

أهلية يجب توفرها . كالأهلية في العقد . إنم التمييز هو ركن الإدراك في الحظاً . وبدونه لا يكون التعدي خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الأهلية .

ونستعرض الآن ركن الإدراك في الشخص الطبيعي ، ثم في الشخص المعنوي .

### ١ - الشخص الطبيعي :

٥٣٧- **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

١- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز . ولم يكن هناك من هو مسئول عنه . أوتعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « ١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلاً للتعاقد . ٢ - إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نبتت به الزمة على هذا الشخص ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم . ٣ - إذا أحدث شخص ضرراً في وقت يقيد فيه التمييز ألزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وفي لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقترح أيضاً تعديل عبارة « تعذر الرجوع على المسئول » بعبارة « تعذر الحصول على تعويض من المسئول » حتى يتبين بوضوح أن التمييز ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلاً . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤي عند المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقررت لوجب البحث في الحالة التي يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يثق مسئولاً بقتضى الفقرة الثانية ، وقد برأت اللجنة أن المسؤولية تبقى في هذه الحالة ولكن كل ذلك يستند من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كالآتي : « ١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن هناك أهلاً للالتزام بالتعويض . ٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » . وأصبحت رقم المادة ١٦٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة . =

٥٣٨- التمييز ضروري وهو في الوقت ذاته يكفي - عديم التمييز :

فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية ، يجب أن

== وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « ولو لم يكن أهلاً للالتزام بالعقد » لأنها تريد لا تقتضيه ضرورة ( المؤلف : ويمكن القول بأن في هذا الحذف تحسناً للخلط بين الأهلية وركن الإدراك في الضرر ) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقتضي به المدالة ، وله سند من الشريعة الإسلامية . إذ جاء في المادة ٩١٦ من المجلة ما يأتي : « وإذا أئلف سي مال غيره فليزم الصمان من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن إليه » . ولما اعترض في اللجنة على التعبير « بتعويض عادل » أوجب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الذي عبر المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني ، والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادي . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافقت مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٦ - ص ٣٦١ ) .

وفي القانون المدني القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتي : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مسؤول لانه ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لشيء أو لأي سبب آخر » .

أنظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٤٤ من قانون الالتزامات السويسري والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من قانون الالتزامات البولوني والمادة ١٢٢ الفقرة الثانية والثالثة من القانون اللبناني .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمييزي في هذا الصدد ما يأتي : « جعل التمييز مناطاً للأهلية ( المؤلف : وقد يتنازع الدقة في هذا القول ) في المسئولية التقصيرية . ففي كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فراجع الأمر في هذا الشأن فقرة ذاتية أو شخصية بناتجها الحكم ولو وقع العمل الخارج بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل ، ويتمين على عتد الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . فالخطأ يفترض في هذه الحالة ، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصول رباط السببية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التقنينان التونسي والراكشي تطبيقاً لهذا الحكم فصاف المادتين ٩٣/١٠٢ على أن ( حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجوع وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختياري ، ويتم عبه الإثبات على عاتق المدعى عليه ) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ من أحدث الضرر ، إذ تستبدل بتلك الفكرة ذاتية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تنقل فاعلم هذا القرض فهي مسئولية مخففة . وعلى هذا التحوّل أثر المسئولية الموضوعية أو المادية ==

يكون مميزاً . والتمييز ضرورى . وهو فى الوقت ذاته يكتفى . أما أنه يكتفى فيظهر ذلك فى أن الصبى المميز يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضرورى فيظهر ذلك فى أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولاً عن أعماله الضارة . لأن الإدراك ركن فى الخطأ . فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص غير مميز . أيا كان السبب فى انعدام التمييز .

فالصبى غير المميز . وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره (١) . لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلى أو لسبب عارض . كذلك المجنون (٢) لا تصح مساءلته (٣) . ويفرض فى المجنون استصحاب حالة الجنون ، إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عنها كاملاً عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الغفلة والسفيه . ولو كانا محجورين . والأصم والأبكم والأعمى ، ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من القانون

— بالصدارة على المسئولية الشخصية أو الدانية دون أن تحمل عليها على وجه كامل . فلا ترتب مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتعنر عن المساب الرجوع بالتعويض على من يثبت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئولية وإما لإعساره . والثانى أن يسع مركز المصوم للقاضى بأن يقرر للضرر تعويضاً عادلاً . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاختيار إقصاء التعويض عدالة حتى يكون فى حدود سعة . ويراعى فى ذلك كله مركز الضرر نفسه من الناحية المادية وجبارة الخطأ (٤) ومدى الضرر . (مجموعة الأعمال التجميعية ٢ ص ٣٥٧ — م ٣٥٨) .

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدنى الجديد على أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر ذقماً للتمييز » .

(٢) أنظر فى مسئولية المجنون : ويتر (Woonz) مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٨٧ — نيچى (Neagii) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليوزونى (Linouzanu) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٢ .

(٣) استضاف مختطف فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١ .

المدنى المجرد . وحيز مساواتهم جميعاً . لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر (١) .

وتنتفى المسؤولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول . كسوم توتة مغشوشة والمصاب بحرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فمضى ثبت أن الشخص الذى ارتكب العمل المضار كان فاقد الوعي أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل . فإنه لا تصح مساءلته لأن ركن الإدراك غير قائم .

### ٥٣٩ - نطاق انعدام المسؤولية لانعدام التمييز : وانعدام المسؤولية

لانعدام التمييز ذو نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسؤولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً دائماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(أولاً) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الغفلة وغيرهما من ناقصي التمييز تصح مساءلتهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك . فإن عديم التمييز لا تنتفى مسؤوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز . فإنه يكون مشغولاً عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعي . وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يحمل عبء الإثبات . فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه . ولا يكلف المضرور أن يثبت أن فقد التمييز كان خطأ من المسئول (٢) .

(١) استئناف مختلف في ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ يوريللي م ٢١٣ رقم ١١

(٢) رأينا أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً يقضى بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يثبت أنه كان قد فقد التمييز خطأً منه . وقد حذف هذا النص في المشروع التامى اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة . ونرى أن الأصل في المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو لمخدر يكون قد عرف ذلك في نفسه من قبل ، فإدماه على السكر والمخدرات بعد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يهتد في نفسه من قبل أن يفقد الوعي . ويترتب على ذلك أن المصاب بحرس النوم أو بالصرع لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن خطأً منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التفتيات الحديثة تقرر الحكم الذى تضمنه النص المحذوف من المشروع التمهيدى : أعظم ١٠٢/٩٣ من القانونين التونسي والمراكشى والمادة ٤٤ من قانون الأعرام السويسرى والمادة ١٣٨ من قانون الأعرام البولونى .

(ثالثاً) ويجب لانعدام المسؤولية أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول . فإن كان في مكان المضرور . ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر . فلا يرى القضاء المصري في بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسؤولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسؤولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك (١) .

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك (٢) . فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسئول عنه . ويكون هذا مسئولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيأتي بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسؤولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولاً عن تابعه أو عن أنيابه في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية . وأخذنا بالرأي الذي يقول إن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عديم التمييز . ولا يفنيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولاً عن هم في خدمته

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال ومن الضرور وهو طفل صغير سنة ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع فدعته السيارة ، فإن مسؤولية السائق (ومحذومه) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ من ٢٨ — وانظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٧٤ — وفي ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق النزام والصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ صبياً غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها يسألان متضامنين قبل المصاب (الطفل) عن التمييز كاملاً ، ولا تخفف من مسؤوليتهما ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نسبته له . ولا شركة إذا شاعت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٦٦) . أنظر في نقد هذا الحكم الأخير معطى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٦١ . ونرى أن عمل القائل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادي يجب مراعاته عند تقدير خطأ المسئول .

(٢) وهذا هو الغالب ، لأن عديم التمييز يكون عادة في كفاية شخص يراقبه ويكون مسئولاً عنه . ومن ثم تنزل في العمل حدة انتفاء المسؤولية عند انعدام التمييز .

مستولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ في جانبه ولو أنه عديم التمييز (١) .

#### ٥٤٠ - مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية : ثم إن القانون

الجديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز حتى في هذا النطاق الضيق الذي رسمنا حدوده فيما تقدم . فمقتضى في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » .

ونبادر إلى القول بأن مسؤولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ . فالخطأ كما قلنا ركنه الإدراك ، وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسؤولية في هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التي وردت في النص ، يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسؤوليته مشروطة ومخففة .

فهي أولا مسؤولية مشروطة . وشرطها ألا يجد المضرور سبيلا للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولا إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة في كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون في كفالة أحد من هؤلاء أو في كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية . فالمعهود إليه

(١) وقد قضت محكمة النقض بما يأتي : «حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) ، إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم ، قد أفادت أنه لا يجب ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذي يلزم بالتعويض ، بل يكفي لتطبيقها أن يقع الخطأ الناتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته ، فتصح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذي ينشأ من أعمال خدمه الذين عليهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يحق للسائل في هذه الحالة أن يدعى ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصفرته لا يمكن أن يتصور أي خطأ في حقه ، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للانزواك والتمييز حساب . وإنما هي عن فعل وقع من خدومه أثناء تأدية أعماله في خدمته » . (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر للأحكام الجنائية • رقم ٤١١ ص ٦٦٥ - مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٦١ مكررة) .

بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سرى. فإن وجد. كان هو المسئول وحده نحو المضرور. ورجع المضرور عليه بالتعويض كاملاً. أما إذا لم يوجد. أو وجد ولكنه استطاع أن يبنى الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات العكس كما سيأتي. أو لم يستطع نفي الخطأ ولكنه كان معسراً لم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض. فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه.

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة. فهو لا يكون مسئولاً حتماً عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملاً. ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قدمنا. بل على تحمل التبعة. فالقانون لا يجعله التبعة عن أعماله الضارة إلا في حدود عادلة. وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض هو مركز المحصوم من الغنى والفقر. فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيراً معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز. وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفرة وكان المضرور في حاجة إلى التعويض، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للنفقة على نفسه وعلى من يجب عليه نفقتهم. وقد لا يقضى بتعويض أصلاً - لأن الحكم بالتعويض في الحالة التي نحن بصدددها جوازى لا وجوبى - إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده. وبخاصة إذا كان المضرور في سعة من العيش. ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعويض مقدار ما بذله المضرور من العناية لتوقي الضرر الذي أصابه من عديم التمييز، فإن تعريض المضرور نفسه في غير حيلة لما عسى أن ينزل به من جراء عيب شخص لا تمييز عنده يعد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أناه عديم التمييز. ولا عبرة بنسامة ما صدر من عديم التمييز من عمل، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم (١). ولكن جسامته الضرر قد تكون محل اعتبار في تقدير التعويض، فإن كان الضرر جسماً بدا التعويض عنه أكثر

(١) فلن ماذكر خطأ في المذكرة الإيضاحية من مراعاة جسامته الخطأ (أنظر آها فقرة ٢٣٢ في الماش). وأنظر في الاعتبارات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض المادة ١٣١٠ من القانون النجاسوى، وهي تذكر خطأ المسئول وإهمال المضرور في ذره الخطر عنه وخطأه.



عدلا وأعلى قيمة . ويسترشد القاضي بوجه عام بجميع الظروف التي تلائم القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

والتانون المدني الجديد . في استحداثه لهذه المسؤولية الخاصة التي لم يكن التانون المدني القديم يعرفها (١) . قد جرى في ذلك كثيراً من التغييرات الحديثة (٢) .

## ب - الشخص المعنوي

٥٤١ - **مواز مساواة الشخص المعنوي :** المبدأ الذي استقر عليه القضاء

والفقه في مصر هو جواز مساواة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها مثلود عند القيام بإدارة شؤونه . ولم يقع تردد في هذا المبدأ . وإذا كانت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوي إلا فيما يتعلق بالغرامة وإصدار وإخل ، فإن المسؤولية المدنية يسهل التسليم بها . فإنها تقع في مال الشخص المعنوي . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها مثلو الشخص المعنوي . فيصبح هذا مسئولاً عنها : مدير شركة يفصل عاملاً في وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا فصل . سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق . عامل البريد يضع رسالة

(١) ولما كان النص الذي يقرر هذه المسؤولية قد استعدته القانون المدني الجديد ، فليس له أثر رجعي . والعبرة باليوم الذي وقع فيه العمل الضار ، فإن كان قبل يوم نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذي يسرى ولا مسؤولية على عدم التمييز ، وإلا فإن القانون الجديد هو الذي يسرى وتحقق مسؤولية عدم التمييز المخففة .

(٢) أنظر للمادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والسادة ٨٢٩ من القانون الألماني والمادة ١٣١٠ من القانون النمساوي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات الواسية والمادة ١٢٢ من القانون اللبناني والمادة ٤٠٦ من القانون السوفيتي والمادة ١٨٧ من القانون الصيني والمادة ٢٣٧٧ من القانون البرتغالي والمادة ٢٠٤٧ من القانون الإيطالي الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ في بلجيكا .

وفي الفقه الإسلامي إذا كان الإضرار مباشراً لا يشترط فيه التعمد أو العمدى «حتى أن مثلاً اليوم ولد لو اقبل على مال إنسان فألقه يلزم الضمان» وكذا المجنون الذي لا يعقل إذا مرق ثوب إنسان يلزمه الضمان : الهندية (الموجز في النظرية العامة للالتزامات للدولف ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل (١).

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب له اختيار . فإن كثيراً من الأحكام تحمل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال مثليه هي مسؤولية المتبوع عن التابع . فتصل بذلك إلى تفرير المسؤولية بالتزام بين الشخص المعنوي ومثليه .

على أن هناك أحوالاً يصعب فيها الوصول إلى مسألة الشخص المعنوي عن هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذي يوجب المساءلة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوي (مجلس إدارة الشركة أو جمعية العامة مثلاً) . فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوي . كما إذا قضيت شركة نافذة تجارية عبر شريفة أولتقايد مزور (٢).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة في أحكام كثيرة بتسوية الشركات عن أعمال ممثليها ، وذلك كمشركات السكك الحديدية (استئناف مختط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٥ — وفي ٧ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الترام (استئناف مختط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٠) ، وشركات الملاحة (استئناف مختط في أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١) ، وشركات البناء والنور والتلغراف (استئناف مختط في ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧) .

والوقت يعتبر شخصاً معنوياً وناسراً الوقت هو الممثل له ، فيكون الوقت مسئولاً عن أخطاء ناطره . وقد قضت محكمة النقض بأن الوقت بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامي هو في فقه القانون المدني شخص اعتباري تسكمت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتباري كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثلها . فالخطأ الذي يقع من مثله يصفته هذه باعتد بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خطأً من الشخص الاعتباري . فالحكم الذي يترتب المسؤولية على جهة الوقت عن خطأ وقع من الناصر عملاً بإرادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) لا يكون معطاً (نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختطية قد قضت بأنه لا يكون الوقت مسئولاً عن خطأ الناطر إذا لم يكن مميئاً من قبل المستعقب لأن الناصر في هذه الحالة لا يكون تابعاً للوقت (استئناف مختط في ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ — وانظر أيضاً استئناف مختط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمعالم المختطية ص ٨٣) . وسرى أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوي مباشرة لا باعتباره متبوعاً ، وعلى هذا الوجه نلقت المجلة التي وردت في الحكم من أن ناسراً الوقت إذا لم يبين المستحقون لا يكون ناسراً للوقت .

(٢) بلانيون وريمير وبولانغيه ٢ فقرة ٩٧٣ .

ففي مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوي مسئولية عن عمل شخصي ، لا مسئولية المتنوع عن تابعه . ولا بد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز . ويكفي لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوي قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوي مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها ، فإذا انخرط عن هذا المقياس المادي . كان هناك خطأ . وتحققت المسئولية (١) .

## ٥٤٢- مائة الشخص المعنوي العام (٢) : وقد يكون الشخص

المعنوي المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوي عام كمجلس من مجالس المديرية أو المجالس البلدية أو غيره من الأشخاص العامة . وتحقق مسئولية الشخص المعنوي في مصر على النحو الذي تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفرقتين . ذلك أن الأفضية التي تقوم على هذه المسئولية بالنسبة إليهما معاً تدخل في اختصاص القضاء العادي ، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية . والقضاء العادي في مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التقصيرية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . وقد وصل في بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن الخطأ مسئولية شخصية لا مسئولية المتنوع عن التابع (٣) .

(١) بلانول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٩٧٢ — فقرة ٩٧٣ — كولان وكايجيان ٢ فقرة ٣١٤ .

(٢) أنظر في مسئولية السلطات العامة : دورز (Duez) في مسئولية السلطة العامة — تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — ديبر (Debeyro) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ — كليار (Colliard) رسالة من لوكس سنة ١٩٣٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية الدولة عن الخطأ الذي ترتب عليه في أعمال الري (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٥ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٢٨) ، وفي أعمال انظرق والنظم (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٧ — وفي ٢٢ مارس =

أما في فرنسا فمجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات الإدارية . فدخل في اختصاصه النظر في مسؤولية الدولة مسؤولية تقصيرية . وأخذت قواعد هذه المسؤولية تتحول بالتدريج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدني الخاص إلى النطاق الإداري العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يادى الأمر بضيق من مسؤولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمسألة الدولة . وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي . ثم انتهى إلى التوسع في هذه المسؤولية عندما ترك المادى المدنية ووضع مبادئ إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسئولة عن الخطأ في سير العمل الإداري (faute du service) لا في الخطأ المصلحي (faute de service) فحسب . ووصل بهذه المسؤولية في بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسئولة عن تبعات الأعمال التي تولد أخطارا جسيمة كالأشغال العامة (travaux publics) . فبنى المسؤولية في هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

### ٥٤٣- رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ : ولحكمة النقض الرقابة

على قيام ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية . وإذا كان التعدى كعمل مادی يعتبر من مسائل الواقع . إلا أن وصفه القانوني بأنه تعدد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادى يعتبر من مسائل القانون . كذلك انتفاء المسؤولية في حالة الدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ . والحدود التي يسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

== سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٧٧ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ م ١٢٧ ، وفي أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٢٦٣ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ م ٧ - وفي ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ٤٢٠) ، وفي أعمال الجرك (استئناف مختلط في ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٩٢ - وفي ٢١ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ م ٣٧٩ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ١٣٠) . وقضت كذلك بمسؤولية المجالس البلدية (استئناف مختلط في ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ م ٢٩٤) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا مقب على تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط السبب بالسبب والمألوف بالعلّة ، وكذلك وصف ذلك ==

## المطلب الثاني

### تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

#### ٥٤٤ - التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف في استعمال الحق

قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . ويجب هنا أن نوجه النظر إلى تمييز جوهرى لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو الذى يضع نظرية التعسف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

ذلك أن الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو يأبى رخصة . وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة في التمييز ما بين الرخصة والحق . وبحسبنا أن نقول إن الرخصة هي حرية مباحة في التصرف ، كالسير والتعاقد والتقاضى والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التى كفلها الدساتير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود بحميتها القانون . فالملكية حق ، والملك رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية في أن يملكوا طبقاً للقواعد التى قررها في أسباب الملك ، ومن ثم فانتلك رخصة . فإذا ما كسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك ، انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق الملكية على هذا الشيء المعين الذى ملكه ، وهي مصلحة يحميها القانون (١) .

== الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع في حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النفس (قضى مدنى في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٤ من ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرص في الفعل الصادر من ٥٤ - من ٥٥ - ملائبول وريير وبولانجيه ققرة ٩٥٦ وقره ٩٦٧ .

(١) وكان المشروع التمييزى لقانون المدنى الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هذا المشروع ، يقضى بما يأتى : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق معددة يكسبها الشخص ويمنع، بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة . وورد بالذكر الإيضاحية للمشروع التمييزى في صدد هذا النص ما يأتى : « تنطبق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهي بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مشولية من يأتسرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك . وبعد بالحق في هذا الصدد كل مسكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد كحق الشخص في ملكية عين من ==

والرجل العادى فى سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدرأ من الحيطة والنبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير . وإذا استعمل حقأ فإنه لا يتجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ما انحرف شخص وهو يأتى رخصة - مثلى أو تعاقد أو نقاضى أو كتب أو نشر - عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادى ، ففى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة . أو تعاقد مع أحد الفنين الموظفين فى مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه ، أو نقاضى فتنكب سبيل الاعتدال وأمعن فى الإضرار بخصمه باستغلال إجراءات التقاضى فى غير ما وضعت له للدأ فى الخصومة . أو كتب فأفشى سراً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه . أو نشر فقدف شخصأ ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته . كذلك إذا استعمل حقأ معينأ - حتى ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين - فجاوز الحدود المرسومة للحق الذى يستعمله . بأن بنى فى ملكه مجاوزأ حدود هذا الملك . أو فتح المظلل فى المسافة الممنوعة قانونأ . أو قيد الرهن بأكثر من الدين . أو نقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبيحه القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسئوليته .

وقد كان رجال الفقه فى القرن الماضى يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون فى إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الحق فلا يشترطون فى استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ فى نظرهم هو انحراف عن السلوك فى إتيان الرخصة أو مجاوزة الحدود فى استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقأ ولم يتجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مبرهونأ بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب

---

= الأيمان أو حقه فى امتضاء دين من الديون ... أما ما عدا ذلك من المكات التى يتصرف بها القانون للناس كافة دون أن تكون علا لاحتصاص الحاجز فرخص أو إباحات كالمراتب النامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة لى فكرة التصف فيها لتأمين المقبر ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المشولية المدنية تكفل بذلك على خير وجه . وقد حفت لجنة المراجعة - هذا النص فى المشروع التالى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التعميرية ١ ص ٢٠١ فى الخامس) -

الحق كان هذا خروجاً عن الحق . وهو خطأ يحقق مسئوليته . وإن ألزمها فلا تتحقق مسئوليته . حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاورة الحدود التي وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملاً أو كان سيء النية . وهذه الصورة هي التي نظر فيها رجال الفقه الحديث . ورأوا أخلاقاً للفقه في الماضي أن المسؤولية فيها يجب أن تتحقق . وأطلقوا عاياً اسمعروفاً هو «التعسف في استعمال الحق» (abus du droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهي التعسف في استعمال الحق . ونتناول كلا من الصورتين في تطبيقاتها المختلفة .

## ١٩ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

### ٥٤٥ - من قاعدة عامة واحدة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك

قاعدة عامة تقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هي السياسة التشريعية التي جرت عاياً التقنينات اللاتينية . فهي لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذي أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فلأنها تعتمد على التفصيل ، وتتفاوت في إيراد الحالات التفصيلية للخطأ (١) . ومن المعروف في القانون الإنجليزي أنه

(١) وكذلك الفقه الإسلامي لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيهما الضمان فيما لم يبحر بهما الضرر الذي يقع على المال ، وهما النصب والإتلاف . فالنصب هو أخذ مال متقوم محترم ، بلا إذن من له الإذن ، على وجه يزيل يده ، بفعل في العين . ويجب على الناصب رد المنسوب لو كان شيئاً في مكان غصبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو نسبياً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، من غير أن يتدخل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف نسبياً يكون بفعل يقع على شيء ، فيفضي إلى تلف شيء آخر . فنقطع جبل فتدبل معلق يكون سبباً مفضياً لخرقه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أُنكبت الجبل مباشرة ، وكسر القنديل نسبياً . والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يمتد ، والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً =

لا يشتمل على قاعدة عامة في الخطأ . بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمه . ومن ثم سمي هذا القسم من قانون الإنجليزى ، لا بقانون الخطأ (Law of tort) . بل بقانون الأخطاء (Law of torts) .

على أن الفرق ليس كبير كما يظهر لأول وهنة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزى والحرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تناول الخطأ في ذاته وتحدد أركانها . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة . ولكنها تنهى في تطبيقها القضاء إلى حالات في الخطأ تعددها المحاكم حالة وحالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بيئة الحدود . شبيهة بالجرائم الجنائية التي يعدها قانون العقوبات .

وها نحن . على سبيل المثال . نتناول في إيجاز : بعض هذه الحالات على النحو الذى انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

## ٥٤٦ - مواد النقل والسيارات والحدود وغيرها من وسائل

**النقل :** من الميادين التي يتسع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقدر ما تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل

(بمع الضمانات ص ١٤٦) - أما الضرر الذى يقع على الجسم فتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدنى . وجزاء الدية والأرض وحكومة العدل . أما الدية فتجب في القتل غير عمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة خاصة لا تعويض مدنى) وفي الجنابة على ما دون النفس عن غير عمد على عضو يمكن فيه المائنة . والأرض جزء من الدية ، فإذا تعدد العضو الذى يمكن فيه المائنة ، وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبة ما أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرضاً ، فيجب نصف الدية في العين الواحدة وزرعها في أحد أشجار البين الأربعة وهكذا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرض ، أى في الجنابة على ما لا يمكن فيه المائنة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضى ، وهذا معنى حكومة العدل (المباح ص ٧ ص ٢٣٣ وما بعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل ، وهى أكثر مرونة من القصاص والدية والأرض ، تكاد تقع مبدأ عاماً في الشريعة الإسلامية يقضى بأن العمل الضار الذى يصيب النفس فيما لا يمكن فيه المائنة (ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج) عمداً كان أو غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضى . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذى يستخلص من قواعد التعيب والإنلاف وهو متمثل بالعمل الضار الذى يصيب المال . (أنظر في كل ذلك نظرية المؤلف للمؤلف فقرة ٦٦) .



يوم من حوادث النقل ما يوجب المسؤولية . وهي حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفي البر والبحر والجو .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر . والنقل بأجر قد يكون نقلاً للأشياء أو نقلاً للأشخاص . ففي نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه في نقله سائماً إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف في أثناء النقل كان عامل النقل مسؤولاً . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل ، فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . وتجب المسئولية العقدية في رأينا المسئولية التقصيرية ، فلا خيرة بين المسئولتين . وفي نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يربط مسئولية عقدية . ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليه سائماً معافى . والالتزام بضمان السلامة في نقل الأشخاص ، كما هو في نقل الأشياء ، التزم بتحقيق غاية . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسؤولاً مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي (١) .

وقد يكون النقل بغير أجر ( transport bénévole, gratuit ) ، كأن ينصحب شخص صديقاً له في سيارته في نزهة أو إلى مكان معلوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسؤولاً ، وعلى أي أساس تقوم مسئوليته ؟ نرى أن النقل في هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك . فنتسبعد إذن المسئولية العقدية (٢) . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . وهنا تنفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هي مسئولية حارس الأشياء ، فيعزب صاحب السيارة وهو الحارس لها مسؤولاً

(١) أنظر في هذا الموضوع ما زو ١ فقرة ١٥٢ - فقرة ١٥٣ - بلانول وريبير وبولانجيه ، فقرة ٩٦٠ .

(٢) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ من ١٢٢ . وهو ينزل بالمسئولية العقدية في النقل المجاني .

نحسو صديقه عن الضرر الذى أصابه حتى يقدم الدليل على السبب الأجنبي؟ (١) أو تستبعد المسؤولية على أساس الحراسة وتبقى فى دائرة المسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول إن الصديق المنذور يجب أن يثبت خطأ فى جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيماً باعتبار أنه رضى بإخلاء مسؤولية صديقه بعد أن تبرع هذا ببقائه . فلا يكون صاحب السيارة مسؤولاً إلا عن الخطأ الجسيم ؟ (٢) أو يكفي أن يثبت خطأ بسيطاً طيلة للفواعد العامة فى المسؤولية التصريية ؟ (٣) أما المسؤولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ،

(١) أنظر من هذا الرأى جوسران فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ - يسون ص ١٦٠ .

(٢) أنظر من هذا الرأى ريكول (Ricol) فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ - وروجيه (Roger) فى تعليقه فى دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ . ويتبع القضاء المصرى إلى هذا الرأى . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذى يستلم قيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما يتجه من أساليب القيادة وأنه موثق من حذقه ومهارته ، وكلاهما يكون مسهدناً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المقبول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عناية للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٢٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل علناً يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسؤوليته ، فلا يستطعم الرجوع إلا إذا أثبت فى جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً ، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تحمله سيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ - وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢٥ - وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ - محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .

(٣) أنظر من هذا الرأى بلانبول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٢٢ - جارديناورينشى فقرة ١٠٤ ص ٦٦١ - جنى فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ - ريبير فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - إسمان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية : ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ - دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - مع تعليق ريبير وسيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ مع تعليق جنى - وفى يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٥٣ - وفى ١١ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٤ - وفى ٧ يناير سنة ١٩٢٩ - سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ مع تعليق إسمان - وفى ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - =

إد شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجانباً في استعمال الشيء الذى أحدث الضرر (١). كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسئولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسئولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسؤولاً نحو صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ يسيراً في جانبه وفقاً للقواعد العامة (٢).

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى ترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة في الطريق. ومن الأمثلة المألوفة أن يتود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير في الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق (٣). أو أن يدخل من شارع جانبي إلى شارع رئيسي دون أن ينتظر مرور السيارات التي تسير في الشارع الرئيسي (٤)، أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطريته يهددهم من سيارته .

== ٥٨٨ - وفي ١٨ بولية سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ - وفي مايو سنة ١٩٤٢ سيرة ١٩٤٢ - ١ - ١٣٥ مع تعليق هنري مازو . (أنظر في أحكام أخرى بهذا المعنى محكمة النقض الفرنسية مازو ١ فقرة ١٢٧٨) .

(١) أنظر مازو ١ فقرة ١٢٧٤ - فقرة ١٢٧٥ وقرة ١٢٨١ - فقرة ١٢٨٧ .  
(٢) أنظر في هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٢٧٣ - فقرة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيه (فقرة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر في الققه المصري مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ - ومصطفى مرعي بك في المسئلة المدنية فقرة ٦٦ - فقرة ٦٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار في طريق ذى اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط في ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذى يأتي من شارع جانبي يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير في الشارع الرئيسى ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط في ٢٨ يولية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٣ يولية سنة ١٩٤٣ م ٤٥ ص ١٩٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأن السائق الذى يأتي من الشارع الأسفل يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير في الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين في الأهمية ، فالسائق الذى يأتي من جهة اليمين هو الذى يسبق (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٦) .

أو أن يختلف لوائح المرور ونظمها (١). ويشير أما تقع حوادث من قطارات  
السكك الحديدية (٢) والمركبات الكهربائية (٣) وغير ذلك من وسائل النقل

(١) استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٦ - وفي ٢٠ فبراير سنة  
١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٠٦ - وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٢٢ - وفي ٣ مارس  
سنة ١٩٣٢ م ٤٤ من ٢١٤ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ من ٢٩ - وفي ٩ مارس  
سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٩٧ - وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٣٢ - وفي ٢٨  
فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٧٦ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٣٦٢ - وفي  
٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٧٣ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢١١ .  
وانظر في حوادث السيارات : ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ من ٣٢ - وفي ١٩ أبريل  
سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٢٦٣ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٣٦٧ - وفي ١٤  
يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٣٨١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٨٨ -  
وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٣٢٨ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٤٦ -  
وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٠٤ - وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٥٦ -  
وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٩٣ . وكان القضاء المختط يقتضي بأن المسؤولية في حوادث  
السيارات لا تنبئ على مجرد أن المشغل هو مالك السيارة (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة  
١٩٣١ م ٤٣ من ٣٠٢ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٦٧ - وفي ٢٩ مارس  
سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٢٣) ، ولكن مدعاه القانون المدني الحديدي تنبئ المسؤولية في حوادث  
السيارات على أساس الحراسة ، غارس السيارة هو المشغل ولا ينحصر من المسؤولية إلا إذا  
أثبت الدب الأجنبي (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) .

(٢) أنظر في مسؤولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت ميب أحرق مركبة  
(استئناف مختلط في ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٩٩) - وسبب عيب في فرملة القطار  
(استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٣٩) - وسبب إعطاء إشارات  
خاتئة (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ من ٢٦٦) - وسبب وقوف القطار  
بمبدأ عن المحطة (استئناف مختلط في ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٣٨٨) - وفي  
مسئوليتها عن الأضرار التي تصيب الموظفين (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١  
من ٢٢٠ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٠٧ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م  
١٧ من ٣٠٢ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٨٢ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧  
م ٢٩ من ٣٩٨) - وفي مسئوليتها عن خروج القطار عن التريط (استئناف مختلط في ٢٨  
أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٩٦ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٨٠ - وفي  
٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ من ٥١ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٢٣٥ -  
وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٣٢٧ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ١٥٢) -  
وفي المسؤولية عن التمرار الذي يتطير (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥  
من ٥٩ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٣١٨) - وفي تصادم القطارات (استئناف  
مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٣٨ - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ من ٣) =

= وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ٦٣) . وأنظر أيضا نقض مدني في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ - الحاماة ١٥ رقم ١/٧٨ من ١٥٥ - استئناف مصر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ من ١١٠٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ من ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقاتان) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد في الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لمنع الخطر عن المارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أتمت حراساً بالفعل عهدت إليهم إبقائها كما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها وتحتها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهوداً للناس ، فقد حق لهم أن يمولوا على ما أوجبه على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحاً لإيذاناً بالمرور بعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغي أن يبقاه ويجب اعتباره متغلباً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعليه هذا إعمالاً بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتسكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) . ولا عمل للتحدى هنا بأنه على الجمهور أن يحيط بنفسه ، كما أنه لا عمل للتحدى بنسب لائحة السكة الحديد التي حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الخطر جزاء متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم لا تفيد أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (نقض جنائي في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ الحاماة ٢٨ رقم ٣١٩ من ٩٠٥) .

وقضت محكمة المنصورة السككية الوطنية بأنه وإن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بمخافة المزلقاتان ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتنبية المارة بوجود المزلقاتان ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع فانوس التحذير ليلًا . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد فانوسين بنور أحمر على جانبي المزلقات التحذير المارة ليلاً ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مسئولية عليها عند وقوع حادث ( المنصورة السككية الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ الحاماة ٢٤ رقم ٣٣ من ٧٠) .

وأنظر من القضاء المختلط في حوادث المزلقاتان : استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٢٠٥ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٤٥ - وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٥٩ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٣٢١ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٦٤ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢١١ .

(٣) أنظر في مسئولية شركة الترام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ من ٣٤ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ من ٣٨ - وفي أول يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٩١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٩٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٤٨ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٨) - وعن نزول الركاب مسرعين في دعر بسبب حادث وإصابتهم من جراء ذلك (استئناف مختلط في ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ١٩٣ - وفي ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٤١٤ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٢١١) - وعن إصابة المارة =

المختلفة (١). ويلاحظ في كل ذلك أن المسئول عن الخطأ ، وهو السائق ، استعمل رخصة أباحها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة . فانحرف في إثبات هذه الرخصة عن السلوك المألوف لرجل العادي ، وأضر بالغير . فكان هذا خطأ يستوجب المسؤولية . وسرى أن المسؤولية في أكثر هذه الأحوال ، بعد نفاذ القانون المدني الجديد . لا تبنى على خطأ واجب الإثبات . بل على أساس حراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولاً عما تحدثه وسائل النقل من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

**٥٤٧ - حوادث العمل :** وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المحرمات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى . ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هي أبلغ الحوادث أثراً في تطور المسؤولية التقصيرية . وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) كان القضاء المصري لا يجعل صاحب العمل مسئولاً قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ في جانب صاحب العمل (٢).

= في الطريق (استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٤٩ - وفي فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ١٧١ - وفي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٢٦٨ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٨٩ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ١٦٠ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ م ٦٨ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٢٧٩ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٥١١ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ٤٦٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٧٤ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٥ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٦ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١٣٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ١٩٦ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١٧٤ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢١٧ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٢٦ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ م ٤١ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ٤٩).

(١) أظن في حوادث الطيارات : استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ١٩٦ .  
(٢) استئناف مختلط في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ م ١٩ - وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٥١ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ١٥٥ - وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٢٩٥ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٣٣٥ - وفي ٢٨ =

ولكنه كان يكتفى بإثبات أى إهمال (١) . ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمى العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولاً (٢) . وتصبح مسؤولية صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبيّاً صغير السن (٣) . ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسؤوليته التقصيرية (٤) . وهو مسئول عن خطأ تابعه (٥) . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدراً عن مخاطر العمل (٦) . وترتفع مسؤوليته

- 
- = مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ١٧٢ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٢٠٣ - وفى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ١٥١ - وفى ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٧٦ - وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٩٦ - وفى ٧ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٣٥٩ - وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ من ٩١ - وفى ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢١١ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٣٣٤ - وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٦١ - وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨ - وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ من ٢٢٩ - وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ١٨١ - وفى ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٤٢ - وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ من ٤١ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤١٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٣٧١ .
- (١) استئناف مختلط فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للبحاكم المختلطة ١٣ من ١٩ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤١٥ .
- (٢) استئناف مختلط فى ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ من ٣٠٣ - وفى أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٧٨ - وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٦٢ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٣٠٤ - وفى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ من ٢٨ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٣٣٧ - وفى أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ من ٣٦ - وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٣٩٩ - وفى ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٤٦١ - وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ من ٤١ - وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ١٧٠ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤١٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٩١ .
- (٣) استئناف مختلط فى ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٩٤ - وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤١٩ من ١٧٠ - وفى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٨٤ - وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٥٩ .
- (٤) استئناف مختلط فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ من ٩٣ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٨١ .
- (٥) استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ من ٧٨ - وفى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ من ٢٨ - وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٥٠ .
- (٦) استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ من ١٦ - وفى أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٣٠٤ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٨١ .

إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه (١) .

وبعد أن صدر قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذي حل محله ، خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسم من جانب رب العمل (٢) .

٥٤٨- المسؤولية عن الأخطاء الفنية في مزاوله المهنة : وكثيراً ما يخطئ رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك في مزاوله مهنتهم . فالتطبيب قد يخطئ وهو يقوم بعملية جراحية ، وقد يخطئ الصيدلى في تركيب الدواء ، والمهندس في عمل التصميم الهندسى ، والمحامى في القيام بإجراءات التقاضى ومراعاة المواعيد المقررة لذلك .

وأول ما تجب ملاحظته في هذا الشأن أن مسؤولية هؤلاء الفنيين تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم في تقديم خدماتهم الفنية (٣) . ولكن الخدمة الفنية التي يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة

(١) استئناف مختلط في ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ١٥١ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ م ١٧٠ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٩١ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٨٣ .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٥٢٢ في الهامش . وانظر استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ م ٢٥ .

(٣) الدكتور وديم فرج بك في مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٨ - بلانيول وريير وإسمان ١ فقرة ٥٧٤ - جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ - مازو ١ فقرة ١٤٨ وقرة ٥٠٨ - لالو فقرة ٤٧٢ - سافانييه فقرة ٧٧٥ - قنص فرنسى في ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازت دى باليه ١٩٣٨ - ١ - ٣١٤ - وفي ٢٧ يولية سنة ١٩٣٩ سيرة ١٩٤٠ - ١ - ٧٣ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيرة ١٩٤٠ - ١ - ٨٤ .

أما القضاء في مصر فيقضى بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية جيدة عن المسؤولية العقدية (قنص مدنى في ٢٢ يولية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ م ١١٥٩ - استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ م ٢٥٨ - اسكندرية ومصر الوطنية في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ م ٧٨ .



هي التي تقتضيها أصول المهنة التي ينتمون إليها . فالزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسؤولية العقدية بمعيار المسؤولية التقصيرية . فهم في المسؤولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة . فإن هذا هو السلوك الذي المألوف من رجل من أوسطهم علماً وكفاية وبقطة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنيًا (faute professionnelle) . وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسؤولين ، فإذا كان الخطأ المهني عقدياً جبت المسؤولية التقصيرية . وإذا كان معيار الخطأ المهني واحداً في المسؤولين ، فهناك فروق معروفة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تجعل انعدام تخيرة بين المسؤولين ذا أهمية عملية . وتقتصر هنا على معيار الخطأ المهني ، وهو واحد في المسؤولين كما قمنا .

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى وجوب التمييز في مزاوله المهنة بين الخطأ العادي والخطأ المهني . فالخطأ العادي هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاوله مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة . كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادي هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . أما الخطأ المهني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة . كما إذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، في نظر هؤلاء الفقهاء . عن الخطأ المهني إلا إذا كان خطأ جسيماً . حتى لا يقعد به الخوف من المسؤولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في فنه وفي كفايته ' شخصية (١) . وبهذا الرأي أخذ القضاء المختلط في بعض أحكامه (٢) .

والتمييز بين الخطأ العادي والخطأ المهني في مزاوله المهنة ، فوق أنه دقيق

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ - ديموج ٣ فقرة ٢٦٤ - سافاريني في تعليقه في دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٤٩ .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن مسؤولية أطباء لا تتحقق إلا في خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

في بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال اثنين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل الفني مسئولاً عن خطئه المهني مسئولته عن خطئه العادي . فيسأل في هذا وذاك حتى عن الخطأ البسيط . وبهذا أخذ القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر (١) . والذي أدخل المباس في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً

(١) - سوزا فقرة ٦٧٧ مكررة - بلايول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ - لالو فقرة ٤٢٦ - مازو ١ فقرة ٥١١ . محكمة الفسخ الفرنسية في ٢١ يولية ١٩١٩ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيرييه ١٩٢١ - ١ - ١١٩ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٨٨ - وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٨ حاربت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٧٢١ - جرينوبل في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ سيرييه ١٩٤٧ - ٢ - ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ منها كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني ، جسيماً أو بسيطاً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ بسيطاً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طيبة طاهرة (٢) يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ من (٧١٣) . وقضت محكمة الإكسكدرية الكلية الوطنية بأن الطبيب الذي يخشى مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ المهني والجسيم ، ولا بين الفنين وغيرهم ... والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهني إلا عن خطئه الجسيم دون البسيط ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صمويات في التمييز بين نوعي الخطأ ، ولأن نص القانون الذي يربط مسؤولية الخصى عن خطئه جاء عاماً غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ المهني والجسيم ولا بين المبتدئين وغيرهم . ويسأل الطبيب عن إهماله هؤلاء كان خطأ جسيماً أو بسيطاً ، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ من (٧٨) - أنظر أيضاً استئناف مصر في ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ من ٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ من ١٣٢ . وقضت محكمة الفسخ بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ، ومسئولته هذه مسؤولية تفسيرية (كذا) بعيدة عن المسؤولية التقاعدية ، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتهما من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (قض مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ من ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت في الماضي بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ بسيطاً مادام عندهما (certaine et caractéristique) : استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٣٠ من ١٢٠ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٨٣ . وانظر في الفقه المصري : الدكتور سليمان مرقس في بحثه في مسؤولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ من ١٥٥ وما بعدها) وفي مؤلفه الفصل الصادر فقرة ٢ : - فقرة ٤٤ - الدكتور وديع فرح في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ٣٨١ وما بعدها) - مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٧٠ - فقرة ٧٣ - الدكتور أحمد حمت أبو سبيت بك فقرة ٤٤٩ .

معياري فني . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيها استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هي ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهورهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً (١) . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أي خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً . يعد خطأ مهنيّاً يستوجب المسؤولية . والشخص الفني الوسط الذي يؤخذ معياراً للخطأ المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد . فإذا كان طبيياً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمي : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج مرضى الحى من مختلف أنواع المرض ، أو هو أخصائى لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرضى . أو هو العالم الثقة الذي يرجع إليه في الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره ، ولكل مستوى المهني ، ولكل معياره الفني (٢) . وما يقال في الطبيب يقال في

(١) أما المسائل الفنية التي تقبل المناقشة والتي لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا شأن للقاضي بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأى شخصي يرجح مذهباً على مذهب . وفي هذا المعنى تقول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه في العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يتقاضي النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسؤولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المبالغ » (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبق الإشارة إليه) — ومن ثم فالخطأ المهني ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفي هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : « مسؤولية الطبيب عن خطئه مسؤولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسؤولية التعاقدية . ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له اللام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم نصرة » (٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨) .

(٢) وتقول محكمة استئناف مصر في هذا المعنى : « وبالذنب للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد سبق الإشارة إليه) . أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور وديع فرج في مسؤولية الأطباء والجراحين المدونة (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٢٩٩ — ص ٤٠٠ — الدكتور سليمان مرفس في الفعل الضار فقرة ٤٤) .

الحامى والمهندس والزراعى وغيرهم من رجال الفن .

### ٥٤٩- الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء

على الشرف والسمعة . وليس من الضرورى أن يكون المعتدى سبياً النية . بل يكفى أن يكون أروع متسرعاً . وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة .

يقع عن طريق النشر فى الصحف بالسب والقذف (١) . حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط (٢) . ولكن براعى عدم التشدد فى اعتبار ما ينشر فى الصحف سباً أو قذفاً فى بعض الظروف التى تقتضى الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب (٣) ، وظروف الانتخابات (٤) . وفى الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر (٥) . وفى النقد العلمى والفنى البرىء (٦) . ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب . وليس سوء النية شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية . فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولاً مدنياً لأنه كان أروع متسرعاً ولو أنه لم يكن سبياً النية (٧) . كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لاجتناباً

(١) استئناف مختلط فى ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٢٩٨ - وفى ٢١ فبراير

سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٣٤ - وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٩٨ -

وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٨٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٣٥ - وفى ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م

١٥ من ٢٩١ - وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٤٢ - وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م

٣٢ من ٩٤ - وفى أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٨٨ - وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م

٣٩ من ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط فى ٣١ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٥١٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ من ٢٥٤ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٣٣٧ .

(٦) استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ من ٩٠ - وفى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م

١٤ من ٣٥١ . وانظر فى حدود النقد الجاهل من التواشى العلمية والأدبية والتاريخية مازو ١

دفرة ٥١٥ - ٥ .

(٧) دائرة القضاء بمحكمة الاستئناف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المحموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤

من ٨١ - استئناف وصلى فى ١٩ يناير سنة ١٩١٤ التمرات رقم ٤٤١ من ٢٨٢ - =

ولا مدنياً لأنه لم يكن سىء النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً (١) . ويكنى لنى التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى في روعه صحة ما يبلغ عنه ولولم يكن صحيحاً في الواقع . ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ . فلا يكتفى أن تكون هذه الدلائل قد أُلقت في روع المبلغ ذاته صحة ما يبلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك في روع الشخص العادى المجرد عن الظروف الداخلية التى تحيط بالمبلغ (٢) .

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع في دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهماً غير صحيحة تنطوى على الرعونة والتسرع . حتى لو لم يكن الخصم سىء النية في هذا الاتهام (٣) .

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة عس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيلة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها (٤) .

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة ، بسوء نية أو عن رعونة (٥) . ولكن المصاحبة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب

= استئناف مختلط في ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٢٣٢ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٣٥ .

(١) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ١٦١ - وفي ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ١٥٦ .

(٢) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفي الأمن العام فلامسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يثبت من صحة الخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون (مكة مصر السككية الوطنية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ١٦٩ م ٣٣٧) . كذلك يكتفى لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المحيى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (أنظر في الموضوع مصطفي مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٨٥ - مازو ١ فقرة ٥٠٠) .

(٣) استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ م ٣٣٠ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٨٠ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٢١ - وفي ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٢٧ .

(٤) استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤١٩ .

(٥) استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤١٩ ( وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً مازو ١ فقرة ٥٠١ .

قدم لها في هذا الشأن لا تكون مسئولة (١). ولا يكون مسئولاً بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين (٢).

### ٥٥٠- فسخ الخطبة والاعتراف : والخطبة . أو الوعد بالزواج . ليست

عقداً ملزماً ، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين ، فتل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام . ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج ، إذ لم يكن خطأ عقدياً . قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض (٣) . ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية . والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً في التعويض إلا . عن الضرر المادي (٤) . ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي (٥) . على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ٤١٢ ص ٥٣٨ -

محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مايو سنة ١٩٩٥ م ٧ ص ٢٨٦ .

(٢) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤ .

(٣) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - وفي ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وكفخ الخطبة الطلاق ، كلاماً رخصة لا يجوز الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادي . فإذا غير زوج مسبحي دينه ليطلق امرأته كان مسئولاً عن التعويض (استئناف مختلط في ٥ يولية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٨٧) . أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون في الأصل مسئولاً إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٥٨ ص ١١٩ - استئناف مختلط في ٢٠ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦) . ولكنه قد يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مسئولته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ - محكمة شين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٢٧٧ / ٢ ص ٥٤٠ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ - فارق محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٤ - وانظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور العبد مصطفى العبد) .

(٤) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٥) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ -

وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٧ .

الجنسى ، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي ، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم (١). وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر ، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب في الفسخ (٢) .

هذه المبادئ الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر في القضاء المصري إلا بعد اضطراب وتأرجع . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطني بنوع خاص ، تقضى بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل المخاطب الذي يعدل مسئولية عمل مشروع ، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة ، كما أن نحري العوامل التي دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التي لا يستلزم هذا الفسخ يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بمحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذي يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه ، فكيف يصح إلزام المخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة ! (٣) وفي الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى ، من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سبب الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية. ذلك أن الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه ، فلا تحمي الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلاً للطلاق في ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلاً ضاراً موجباً للمسئولية المدنية ، ولا يستطيع القضاء أن يتدخل عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية

(١) استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ من ٨٤ .

(٢) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢١١ .

(٣) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ الهامة ٥ من

٣٧٤ - وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ من ٦٨ - وفي ٣٠ يونيو

سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٣/٣١٣ من ٦٢٦ - وفي ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢

رقم ٤٢٢/٢ من ٨٥٥ - محكمة الزاويقي الاستثنائية في ٣ نود - سنة ١٩٢٤ المجموعة

الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ من ١٣٢ .

التضيقة بالحرمات . فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعا بعدم اختصاص القضاء بنظره ، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمات لمساسبها بذات الإنسان (١) . ثم إن الأحكام التي قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عند مازم ، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض (٢) . ولكن السكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسؤولية التفسيرية لا المسؤولية العقابية (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ من ١٦٦ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ من ٥٣٩ - محكمة الإسكندرية السككية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ من ٥٣ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ من ٧٣ - محكمة سوهاج السككية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ من ١٠٥٦ - استئناف مهنظ في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ من ٣٠٧ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٧٩ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ من ١٩٦ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ من ٣٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعي بك هذا الرأي في كتابه المسؤولية المدنية ( فقرة ١١٧ - فقرة ١٢١ ) ويورد قائمة من أحكام القضاء التي أخذت به والتي أخذت بكه .

(٢) وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج السككية ، وقد جاء في حكمها ما يأتي : « الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أى تقدير قانونى . ففيها يصدر إيجاب بقرن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانونى وعقد قائم . وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد التام في الوقت التام . وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيا أى إجراء هذا التعاقد التام لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً ، إلا أن الصدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض . وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن وعده . ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعويض . والتعويض الأدنى لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة وعو الأثر السيئ الذى تغلب عن فعل الخطي . وتستحق الحليمة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من ممدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تقضى الانتفاع بها على الوجه الصحيح » ( سوهاج السككية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ من ١٠٥٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ) .

(٣) وتحول محكمة الإسكندرية السككية الوطنية في هذا المعنى ما يأتي : « ومنشأ المسؤولية في هذه الحالة هو الإساءة وهى فعل صار ، فهى مسئولية عن شبه جنحة ، وليست مسئولية تاضدية منشؤها الإخلال بمقد . ( الإسكندرية السككية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ من ٥٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ) .



والذي يمكن تقريره في هذا الشأن . باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو ما يأتي : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض . (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين . جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادئ في حكمها جاء فيه ما يأتي : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين . فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء . خصوصاً وأنه يجب في هذا عند أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤوا المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه . باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول . فدل لازماً أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً . وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين . فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض (١) » .

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً في التعويض إلا إذا اصطحب بالخدعة والغش أو اقترن بضغط أو إكراه (٢) . فإذا كانت ضحية الإغواء في سن تسمح بتدبير العواقب . كان هذا سبباً في تخفيف التعويض (٣) . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خلية على علم من أقاربها فلا تعويض (٤) . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبعي ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم

(١) قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ عموعة عمر ٣ رقم ١٤ م ٣٠ - أنظر أيضاً في هذا المعنى نظرية العقد للوالمفد فقرة ٤٨٠ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازت ٦ رقم ٢٣٩ م ٧٦ .

(٣) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ م ٣٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ م ٢٦٨ - وفي ٢٥ يونيو

سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٩٨ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٣٤ .

مشروعية السبب . وقد تقدم بيان ذلك . وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض . حتى لو كان الشاب قاصراً . فإن المسؤولية هنا تقصيرية لا عقدية . والقاصر تجوز مساءلته تقصيراً (١) .

## ٥٥١ - حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري : وهناك . عدا

ما تقدم . حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسؤولية . منها الأعمال التي ترتب عليها مسؤولية شركات المياه والغاز والنور (٢) . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة . وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات) . أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى المزااحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتجر المزااحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن المتجر المزااحم : وبالتشهير بعيوب هذا المتجر . وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة (٣) . ومنها الإجراءات القضائية الكيدية (٤) ،

- (١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازت ٢ ص ١٢٦ — محكمة القاهرة الكلية المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .  
(٢) أنظر في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ — وفي ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ — وفي ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفي ٥ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ — وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ — وفي ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ — وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .  
(٣) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات للدولف فقرة ٣٣٠ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢) ، إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو بخطأ جسيم (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) — ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدى (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥) ، والتأخر إعادة النظر الكيدى (استئناف مختلط في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط في ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان في الأصل حقاً لسلك مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق ينقلب مغشياً إذا اتنى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادى في الإنكار أو غلبه أو تحيل به (نقض مدنى =

كالدعوى والدفع الكيدية (١) ، ودعوى الإفلاس الكيدية (٢) والتنفيذ الكيدى (٣) . ومنها المضار الفاحشة للجوار (٤) . وقد تترتب

في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (الحامدة ١٤٤٤ م ٩٣) - وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأختها بعد دفاعا كيديا ، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهى المصاريف التى صرفت منه فى سبيل إثبات وراثته ، وتلزم أيضاً تعويض الضرر الأدبى الذى أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى ينسب دعوى الاستعفاف فى صورة دفع فى معارضة ضد تنبيه بترع الملكية وبدلا من أن يستأنف برفه دعوى استعفاف مستقلة يكون مشولا (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) .

(١) أنظر : استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦٦ - وفى ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ - وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ - وفى ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ - وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٢ - وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ .  
(٢) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤١ - وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٣) وبعد تنفيذاً كيديا أن ينفذ الدائن على أموال مدينه بما يزيد كثيرا على الدين ، إذا كانت هذه الأموال نقبل التجزئة بحيث كان يكفى التنفيذ على بعضها (استئناف مختلط فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) - وبعد كذلك تنفيذاً أكديا التنفيذ بمبالغ أكثر من البالغ للتحقق (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٧) - ويعتبر الدائن الذى ينفذ بحقه مشولا عن معية إجراءات التنفيذ ، فإذا أخطأ فيها بما يجعل الزاد باطلا ، كان مشولا عن تعويض الراسى عليه الزاد بمقتضى هذا الخطأ التصيرى (استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٥ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - وفى ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٠ - وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . كذلك اللدين إذا علم أن الشيء المحجوز عليه ليس ملكه ومع ذلك يترك التنفيذ يتم ويغرم الثمن الذى رسا به الزاد من دينه ، فإنه يكون مشولا (استئناف مختلط فى ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدى المحجز القضاى الكيدى (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٤ - وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١ - وفى ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) ، والمحجز الإدارى الكيدى (استئناف مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦) . والمحرسة الكيدية (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧) . ولاستبر تنفيذاً كيديا أن يوقع الدائن المحجز على محمولات المتأجر من المدين بحسن نية ولا يقدم للمتأجر ما يبدل على أن المحمولات له (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥) . أنظر فى حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستعانة بوسائل التنفيذ والصدىم إذا كان استعمال هذه الرخص كيديا الى مصطفى مرعى بك فى السئولية المدنية ققرة ٨٦ - ققرة ١٠٢ .  
(٤) وبلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حراً لحق الملكية ، ففقت =

## مسئولية الحكومة لأعمال تصدر من موظفيها مخالفه للقانون (١).

حـ ألا يخلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر ملك الجار، وأن الجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . والخروج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية بعد خروجها على حدود الحق لا تصفاً في استعماله (قانون مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ١١١ - فقرة ١١٦). وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة في هذا الصدد بأن الشركة التي تقيم معاصر وآلات في أحياء للسكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦). وقضت أيضاً بأنه إذا نجح عن تشييد بناء ضرر للعقار المجاور، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٢). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المخابر على قطعة من أملاكها أخلقت بإضرارها راحة السكان في حي مخصص للسكنى، كان لمؤلا السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١). وقضت بالألا مسؤولية إذا غلبت منازل بجانب معاصر كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩).

(١) ومسئولية الحكومة مسؤولية تقصيرية لا تخضع للقضاء الإداري كما قدمنا. ومن ثم لم تتقرر مبادئ خاصة بهذه المسؤولية الإدارية على غرار المبادئ التي قررها مجلس الدولة في فرنسا وهو يحسن بنظر هذا النوع من الأخطاء. والقضاء العادي في مصر يطبق في شأن مسؤولية الحكومة مسؤولية تقصيرية قواعد المسؤولية التي يسبقها على الأفراد والهيئات الخاصة. ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة تبعه الأضرار العامة التي تقوم بها مصلحة المجموع. وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعة، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مسئولة عن الأضرار التي تقع بسبب ما تقوم به من الأضرار العامة، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعي إذ يوضع المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع. وتذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوضعية في مصر في شأن مسؤولية الحكومة مسؤولية تقصيرية: تقضى جنائ في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بتساهلها) - تقضى مدني في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٤٢ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إلقاء أجني مجوساً مدة طويلة بفرض إبعاده) - تقضى مدني في ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسؤولية الحكومة عن ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد نفذ بطريقة فنية: ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعه الأضرار العامة) - تقضى مدني في ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرس وسوان قبل نزع ملكيتها) - تقضى مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٧ ص ٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وبائي في الأشجار الفروسة في جوانب الطرق العامة) - تقضى مدني في ٤ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تثبيت المظاهرات وقتل شخص غير متظاهر) - تقضى =

## ٢٤ - التعسف في استعمال الحق (\*)

(Abus du droit)

### ٥٥٢ - مسائل مبررات : قدمنا أن الخطأ يكون لا في الخروج عن حدود

مدنى في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سبت نشأ) - بل وقد تسأل الحكومة عن عطشها غير العادى في قتل التكليف (استئناف مختلط في ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٠ ص ٩٣٩) - استئناف مصر الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ ص ٥٩ (مسئولية الحكومة عن الحوادث التي تقع بسبب مزلفانات السكك الحديدية : أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية في ٢ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٩٠ ص ١٧٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨٠ - استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٣١٥ ص ٦١٠) - استئناف مصر الوطنية في ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (بخبير وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) - استئناف مصر الوطنية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إهلاك قلم المحضرين) - استئناف مصر الوطنية في ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) - استئناف مصر الوطنية في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٩٤ ص ١٩٤ (إصابة خفير شجعنا خطأ ببيار نارى - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ ص ٥٩٦ : عسكري يطلق البندقية قبل الإنذار) - استئناف مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٣ ص ٢٩٣ (سحب رخصة آثار مغالط للقانون) - استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٣ ص ١١٨٥ (تفويض الأهالى عن أعمال الوقاية من الفيضان كمقطع جسر النيل وتضريب المياه في أرض الغير) .

(\*) بعض المراجع : سالى (في مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. législatives

سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) - جوسران في التعسف في استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ - بلانزول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - كامبيون (Campion) في نظرية التعسف في استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥ - جوسران في روح الحقوق وفي نيتها سنة ١٩٢٧ - بنكاز (Bonnecase) ملحق بودرى ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها - ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها ، والنظام الذي عرأطى فقرة ١١٧ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها - بلانزول وريبير وإسبان ١ فقرة ٥٧٣ وما بعدها - الرسائل : بوسك (Bosc) مونبيلييه سنة ١٩٠١ - كوربسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ - سافاتييه (Savatiere) بواتييه سنة ١٩١٦ - في القانون المغنون : أحمد فتحي في نظرية التعسف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامى ليون سنة ١٩١٣ - ماركوفتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٣٦ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ - الفقه المصرى : الموجز في النظرية العامة في الالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٢ وما بعدها - مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٥٣ وما بعدها - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها .

الرخصة فحسب . ولا في الخروج عن حدود الحق فحسب . بل أيضاً في التعسف في استعمال الحق . وقلنا إن رجال النقه في القرن الماضي كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه . ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق - وذا جذور في أعماق الماضي الصحيح - ما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر . وثبت عليها القضاء . وسلم بها النقه .

فنحن نتابع هذه لفنظرية : (١) في تطورها التاريخي إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا أتراها مسجلة في تقنيننا المدني الجديد . (٢) ثم نبحث على أي أساس تقوم النظرية . وبأي معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر في حظها من التطبيق العملي في نواحي النشاط المختلفة .

١ - التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق :

### ٥٥٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة: ليست نظرية

التعسف في استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المبتدعة . بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان . وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم . وتشبع بها النقه الإسلامي . ولكنها اختلفت ردهاً من الزمن بعد أن فُهرت مبادئ الفردية (individualisme) . وأمعنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ . وبقيت غائبة طوال القرن التاسع عشر . لا تكاد تظلم برأسها في بعض أحكام القضاء حتى يتذكر لها الفقهاء ، إلى أن قبض الله لها فقيهين من أعلام النقه الفرنسي ، هما سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، فنفضا عنها الأرباب ، وأعادا لها الجدة . فما لبثت أن استقرت في النقه بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذت بها التقنينات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقاض عليها .

### ٥٥٤ - النظرية في القوانين القديمة : قلنا إن القانون الروماني عرف

النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر النقيه إيلبيان (Ulpian) أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق التابعة في عين لحاره ، لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البيطوري (droit prétorien) في تطبيق

النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته (١) .

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسى القديم بعد إحياء دراسات القانون الرومانى فى العصور الوسطى . وذهب دوما (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة فى استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضى قد يتعسف فى مباشرتها فتتحقق مسئوليته (٢) .

ولم يكن الفقه الإسلامى ، وهو الفقه المشبع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف وتأمّر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الرومانى فى الأخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق (٣) . بل إن القانون المدنى الجديد قد حرص على أن ينتفع فى صياغة النص الذى أورده فى هذه النظرية بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى ، واستمد من هذا الفقه الضوابط التى اشتمل عليها النص (٤) .

#### ٥٥٥- الثورة الفرنسية والتفكير المدنى الفرنسى : كان هذا العهد

مشعباً بروح الفردية كما قدمنا . ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان فى استعمال حقه ما دام لا يتجاوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكست النظرية فى ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق ، إذا كان قد عرف منذ القديم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم ، كان يتقصه أن يصاغ فى نظرية فقهية شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه فى القرن العشرين .

#### ٥٥٦- انتعاش النظرية فى العصر الحاضر : كان للقضاء ثم للنفق فى

(١) أبلتون فى المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) منقول عن مازو ١٠ فقرة ٥٥٦ .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع رسالة المرحوم الأستاذ أحمد فتحى فى نظرية الصف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى - الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك فى مدى استعمال حقوق الزوجية .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ١ الباب

التمهيدى ص ٣١ - ص ٣٥ .

فرنسا الفضل في إحياء مبدأ تحريم التعسف واستعمال الحق، فصوغ المبدأ في نظرية عامة شاملة . ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أهميات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر المبدأ في كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول في حكمها الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (١) . وقد أدانت مالكاً أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يعجب النور عن جاره ، ما بأنى : « ومن حيث إن المبادئ العامة تقضى بأن حق الملكية هو على وجه ما ( en quelque sorte ) حق مطاق . يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء . وأن يستعمله وفقاً لهواه ( abuser ) . ولكن استعمال هذا الحق . كاستعمال أى حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جديّة مشروعة ( intérêt sérieux et légitime ) وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة ( malveillance ) . وقد رفعت تحت سلطان شبهة خبيثة ( mauvaise passion ) . دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية ( aucune utilité personnelle ) ، وهي تلحق بالغير أذى جسيماً ( grave préjudice ) » . وفي سنة ١٨٧١ قررت المحكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي : « حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذى الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك ( pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même ) (٢) » .

ولكن الفقه لم يتجه إلى هذه الطلائع من أحكام القضاء الفرنسي إلا في أواخر القرن التاسع عشر . فكتب بعض الفقهاء في ذلك (٣) . على أن الفقيهين اللذين قادا الفقه في هذا الميدان ، في مسهل القرن العشرين ، هما كما قدمنا

(١) دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ٩ .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٥٥٧ - تعليق فرون ( Ferron ) في سيريه ١٩٠٥ -

١٩ - ٢ .

(٣) سنكلت (Sainteniste) في كتابه المسؤولية والضمان (Responsabilité et garantie)

- سوزيه (Sauzet) في المجلة الانتقادية للنشرع والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .



سائى وجوسران . واستأثر جوسران بالحلوات الأولى والأخيرة . فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه «التعسف فى استعمال الحقوق» (De l'abus des droits) ، جمع فيه أحكام القضاء منسقة ، واستخلص منها أصول نظرية عامة فى هذه المسألة ، على غرار نظرية سبقها فى القانون الإدارى هى نظرية التعسف فى استعمال السلطة (détournement de pouvoir) (١) . ثم كتب فى سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه «فى روح الحقوق وفى نسيبها - النظرية المسماة بنظرية التعسف فى استعمال الحق» (De l'esprit des droits et de leur relativité—théorie dite de l'abus des droits) ، كان أشمل المؤلفات فى هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيه الفرنسى المعروف . وهو يذهب إلى أن التعسف فى استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول فى ذلك : « ينتهى الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف فى استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يدحض . هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له (٢) » . وظاهر أن النقد شكلى . إذ يكفى لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق . وخروجاً عن الحق بالتعسف فى استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثانى . وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً فى استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف فى رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن فى التسمية لا فى الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له ، فهذا لا شك فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون

(١) وقد كان القانون الإدارى طلبية للقانون المدنى فى نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية المصادرة ونظرية تحمل التبعة .

(٢) وهذا أصل ما كتبه بلانيول : Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. (Planiol II no. 841).

في الوقت ذاته مخالفاً للقانون (١).

ومهما يكن من أمر فإن الفقه . منذ صاغ نظرية التعسف ونسق ما بين أجرها ، أنار السبيل للقضاء . فصدر تمشي على هدى . وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء في الفقه ، ثم تأثر به . وما لبث المشرع الفرنسي أن سار هو أيضاً في هذا السبيل ، فسجل النظرية في كثير من تشريعاته المنفرقة (٢) .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً في التقنينات الحديثة . حتى سماها القانون المدني السويسري إلى الصادر من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تمشي على جميع نواحي القانون . ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية تذكر في المكان الذي نص فيه على هذه المسؤولية (٣) .

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل القانون القديم . أما التشريع المصري فلم يكن يشتمل على نص عام في الموضوع . وإن كان قد اشتمل على بعض نصوص تطبيقية (٤) .

(١) الموحز في النظرية العامة للالتزامات للدولف فقرة ٣٢٤ — وجاء في هذه الفقرة أيضاً ما يأتي : « أما الذين ينكرون على النظرية أن من معاييرها تلس الدافع الذي حدا بالشخص على استعمال حقه على النحو الذي اختاره ، وأن الدافع شيء نفس يتعذر القوس عليه في أعماق الصبر ، وينبغي أن ينسبوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون . والمعايير الشخصية كثيرة . وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على الأفعية التي تعرض له ، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع لمتعاقد ، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام ، وعن الفس والتواطؤ في الدعوى البوليصة ، وما إلى ذلك » .

(٢) أنظر في هذه التشريعات المختلفة مازو ١ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وهذا ما جاء في المادة الثانية من القانون المدني السويسري : « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية . أما التعسف الطاهر (abus manifeste) في استعمال الحق فلا يقره القانون » . ونصت المادة ٢٩٦ من القانون الثاني على أنه « لا يجوز استعمال حق مجرد الإضرار بالغير » . ونصت الفقرة الثانية من مشروع الفرنسي للإيجان على ما يأتي : « يلتزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن جاوز في استعماله لمحق الحدود التي يقيمها حسن النية أو الغرض الذي من أجله أعطى هذا الحق » . أنظر أيضاً المادة ١٣٥ من قانون الالتزامات البولوني والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من القانون النمساوي والمادة الأولى من القانون السوفييتي .

(٤) بل ذلك : م ٥٩/٣٨ — ٦٠ مدوني قدر : « ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدوده ما لم يوافق على أن يعضيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التي =

ولكن القانون المدني الجديد احتفل بالنظرية . وعنى بها عناية خاصة . فأحلها مكاناً بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدى ، لا المسئولية التقصيرية (١) .

== عليها الحادث المذكور . ومع ذلك ليس تلك الحادث أن يهيمه مجرد إرادته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستر ملكه بمخاطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى . - م ١١٥/١٢٠ من قانون المرافعات القديم : « يجوز للحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مراعاة كان التصد منها مكيدة الخصم » .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يد أن المشروع أحل النس الخاص بقرار نظرية التصف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما بطله على هذه النواحي جميعاً ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجرى بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سرياتها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوزها إلى القانون العام . ولذلك أقر المشروع أن يضع هذه النظرية وضماً عاماً ، محتفياً مثال أحدث التقنيات وأرقاها (أنظر المادة ٢ من التقنين المدنى السورى والمادة الأولى من التقنين المدنى السوفيتى) . وقد ساعد على اختيار هذا الملك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التصف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارب إن لم تنق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء العرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النس بالقواعد التى استقرت في الفقه الإسلامى ، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى في التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (الواد ٣٨/٥٩ - ٦٠ مدنى و ١١٥/١٢٠ مرافعات) واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه (استثناف مختلط في ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٨ م ١٨٩ - وفي ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ٢٣٥) . ولهذا لم ير المشروع أن ينسج على منوال التقنين السورى في النس على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه وينبذ بالترامات وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن التصف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحده القانون . ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التى آثرها المشرع السوفيتى إذ قضى في السادة الأولى من التقنين المدنى بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق الدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبناى (م ١٢٤) وهى لا تعدو أن تكون مزاجاً من نصوص التقنين السورى والتقنين السوفيتى . والواقع أن المشرع تحامى اصطلاح «التصف» لسمته وإبهامه وجانباً أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستند من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النس . ومن الحق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضى عناصر كافية للاسترشاد ، ولا سيما أنها جميعاً =

ب- الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق والمعيار الذي تأخذ به :

## ٥٥٧- النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر (١) » .

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتي :

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

« (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير » .

« (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب

البنة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » .

« (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة (٢) » .

وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصري من طريق الاجتهاد .... وعلى هذا النحو وضع المشروع دستوراً لممارسة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ولما كان دون أن يتفقد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه . وبذلك أتبع له أن يمكن للزعة الأخلاقية والأعراف الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرق نواحيه وأحفلها بناصر المرونة والميسرة . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣١ - ص ٣٢ وص ٣٥) .

(١) تاريخ النص : لم يكن المادة ٤ مقابل في المشروع التمهيدى . وقد اقترح في لجنة المراجعة وضع النص الآتى : « من استعمل حقه استعمالاً جائزاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ، ليقرر المبدأ العام الذي يحدد للنس التالى الخامس بالتعسف في استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ في المشروع التام . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروعاً » بكلمة « جائزاً » ، وبقي رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٩ - ص ٢٠٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« يصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « يكون استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا =

ويلاحظ بادية الأمر أن القانون المدني الجديد . إذا كان قد أثر أن يضع هذه النصوص في الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحي القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيرى على النحو الذى قدمناه . فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسؤولية التقصيرية (١) .

## ٥٥٨ - الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : الأساس

القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية . إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عينياً . وليس التعويض العيني - كالتقضاء بهدم المدخنة التى تحجب النور عن الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية . فإن التعويض العيني جائز فى الصورة الأخرى من الخطأ كما سترى . ولا نحن فى حاجة إلى القول بأساس مستقل

= كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البدفع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها غير مشروعة . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم . ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروع » بكلمة « جائز » ، وبقي رقبها . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ - ص ٢١١) .

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد باشا طويلا المكان الذى يوضع فيه النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هى إلا توسع فى فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطقى فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات كالمشروع الفرنسى الإبطال والقانون البولونى والقانون اللبنانى . فقيل رداً على ذلك إن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون الالتزامات أو القانون العام . فإذا كان هناك نص ينفى بطلان ما أن يدرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م ٢) . أما التقنين الألمانى فقد أنرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان « فى استعمال الحقوق » (م ٢٦٦) . وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فما ذلك إلا اضطراباً ، حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ فى الخامس) .

لتميز في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية - كما ذهب بعض المختصين (١) إلى ذلك - إذا نحن سلمنا يجوز الحكم بتهديد مالي في شأنه (٢) ، فإن التهديد المالي جائز في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أي التزام آخر (٣) .

وبين التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد (٤) . فاللوجر الذي يتمسك بالشروط المانع من الإنجاز من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسؤوليته التقصيرية . ويكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية كذلك من تعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه . كمقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

### ٥٥٩ - معيار نظرية التعسف في استعمال الحق : فما هو إذن المعيار

الذي يصلح اتخاذه لنظرية التعسف في استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذي وضع للخطأ التقصيري . إذ التعسف ليس إلا إحدى صورته كما قلنا . ففي استعمال الحقوق كما في إثبات الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي . فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرفه خطأ يخفق مسؤوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي عددها نص القانون الجديد : (١) قصد الإضرار بالغير . (٢) رجحان الضرر على

(١) أنظر بنكاز ملحق بوردى ٢ فقرة ٢٣٦ - سافاتييه في تعليق له في دالوز

١٩٢٨ - ١ - ٧٣ .

(٢) وذلك كالحكم على من أقام حائلاً في ملكه ليعجب السور عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٣) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هامش رقم ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية في القانون المدني ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما في المادة ٢٩ من اللاحقة ترتيب المحاكم الأهلية (القدسة) . فإذا كان الحكم قد أسس ضاؤه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أعمل القانون المدني في النعوى لقواعد العدل والإنصاف ( وكان وجه الطعن هو أن الحكم خالف المادة ٢٩ من اللاحقة إذ أخذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد في حين أنه لا مجال للاحتداد الاستناد إلى قواعد العدل متركاً النص صريحاً ) ( حتى مدق في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩ ) .

المصلحة رجحاناً كبيراً . (٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠- **قصد الإضرار بالغير** : المعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ . فإنه لا يمكن أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجع رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأسمى الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير ، اعتبر هذا تعسفاً ، وأو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق . ويكون تعسفاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترب بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى . فلو أن شخصاً غرس أشجاراً فى أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متعسفاً فى استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع .

ويجب أن يثبت الضرر أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يمكن إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذى اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد فى إحداثه (١) .

(١) فلو أن شخصاً ملك أرضاً لمسجد ، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يسمد ذلك ، فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يمد هذا التصرف تعسفاً ، لا باعتبار أنه يتطوّل على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حاق من الحالات الثلاث التى يمتنع فيها التصرف فى استعمال الحق .

بقى أن نعالج فرضاً كبير الوقوع في العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد في إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك . ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر . كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

### ٥٦١ - رمحارة الضرر على المصلحة ربحاناً كبيراً : المعيار هنا

موضوعي . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ . معيار السلوك المألوف للرجل العادي . فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر . ويكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً ، على حد ما جاء في النص ، « إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يفعل ذلك . ومن يفعل ، فهو إما عايت مستهر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يضيئها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية بضم الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفي الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي . وارتكب خطأ يوجب مسئوليته . وقد طبق المشرع هذا المعيار . إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدني الجديد ما يأتي : « ومع ذلك فليس لمالك الخائض

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألماني المادة ٢٢٦ وهي في طليعة النصوص التشريعية التي دعمت أسس نظرية الصف في استعمال الحق . والجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه . وراعى أن القضاء جرى على استغلال هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على نصيب المسكين في حالة تفاعلة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة » ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي ١ الباب التهدي ص ٣٢ - من ٢٣ ) .



ان يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه  
باحتياط (١) .

## ٥٦٢- عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها :

والمعيار هنا هو أيضاً موضوعى ، وإن كان طريق الوصول إليه عادلاً ذاتياً  
هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس  
من السلوك المألوف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له  
إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل  
عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال . والإدارة التى تفصل موظفاً إرضاء  
لفرض شخصى أو لشهوة حزبية . والمالك الذى يضع أسلاكاً شائكة فى حدود  
ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن  
تشرى منه أرضه بثمن مرتفع ، ومؤجر العقار الذى يتمتع من الترخيص  
فى الإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت  
الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توقياً لضرر بل سعيّاً وراء  
كسب غير مشروع يجنيه من المشتري ( أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من القانون  
المدنى الجديد ) - كل هؤلاء يتعسفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون  
من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة (٢) .

(١) أنظر أيضاً اللاتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ من القانون المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة  
الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء  
تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار فى هذه  
الحالة مادى . ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير . وبماير الفقه  
الإسلامى فى أخذه بهذا المعيار اتجه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول الغربية على حد سواء » .  
( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤ ) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأولى  
حالة استعمال الحق استعمالاً يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام  
خير من نفي بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولا تكون  
المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون بحسب ، وإنما يتصل بها  
هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان المعيار فى  
هذه الحالة مادياً فى ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون الدية الأساسية لغيره من المشروعية  
عن المصلحة . وأبرز تلميحات هذا المعيار فى تناسبه إساءة الحكومة لمواطنيها كفضول =

وقد أثر القانون الجديد هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين في الفقه . أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) ، والثاني معيار الهدف الاجتماعي (but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتلخص في أن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي يرمى إليه غرضاً غير مشروع (١) . وظاهر أن معيار «المصلحة غير المشروعة» خير من معيار «الغرض غير المشروع» . وإذا كان كلاهما يؤدي إلى نتيجة واحدة ، فإن معيار «المصلحة غير المشروعة» هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار «الغرض غير المشروع» . فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق (٢) .

ومعيار الهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاهها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متعسفاً وحقت مسؤوليته . وعيب هذا المعيار ، بالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتق به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة . وفي هذا من الخطر ما فيه . أما معيار «المصلحة غير المشروعة» فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة (٣) .

= الموظفين لإرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر الخمسة في أول مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التفتينات الحديثة والفقه والقضاء . (الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الباب التمهيدي ص ٢٣) .

(١) أنظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ .

(٢) أنظر في هذا معيار الغرض غير المشروع ما زو ١ فقرة ٥٧٥ .

(٣) أنظر في هذا معيار الهدف الاجتماعي ما زو ١ فقرة ٥٧٢ .

## ٥٦٣- معياره في المشروع التمهيدى هذا فى المشروع النهائى :

وقد كان المشروع التمهيدى يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :  
(١) التعارض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار ما دى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى . وقتئذ المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل للدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة . كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة فى خصها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات . فهى مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس (١) » . ويتبين من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية يهيج المشرع على مقتضاها فى وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة . من أن يكون معياراً يتخذه القاضى للتطبيق العملى فى الأحكام اليومية . وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« والثالثة حالة استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار فى هذه الحالة مادى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار . إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة . أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراط . إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل . والقضاء فى

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الباب التمهيدى من ٣٣ - مجموعة الأعمال  
التفسيرية ١ من ٢٠٩ .

مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (القطارين الجزئية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ - استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨). وكانت نخبة قد قننت هذا الفقه ففضت فى المادة ١١٩٨ بأن: «كل أحد له التعلل على حائظ الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً». وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه: «كل ما يمنع الحوائج الأصلية بعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالكفى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب إتهامه». وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢. وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ. ولا سيما فيما يتعلق بصلات الحوار. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن «الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تنقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجار... ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه. وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها (١). ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق فى حقوق الحوار. وهو معيار «الضرر الفاحش». وقد حذف فى المشروع الباقى لأن مضار الحوار فى القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق. فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً فى استعمال الحق. بل هو خروج عن حدود الحق. وقد رأينا ذلك فيما تقدم (٢).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤ - مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢١٠.

(٢) أنظر آتياً فقرة ٥٥١ - هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق محل مناقشات مسبهة فى لجنتى مراد سيد أحمد باشا وكامل صدق باشا. وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد باشا النص الآتى: «لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التى عليها حسن النية أو يقررها الفرض الذى من أجله وجد هذا الحق». وفى لجنة كامل صدق باشا اقترح النص الآتى: «لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا جاوز الحدود التى يقتضيها حسن النية أو الفرض الذى من أجله تقرر هذا الحق». وذكر أن هذا النص يكاد يردد حرفياً ما جاء به المادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإبطال والمادة ٣٥ من القانون البولونى والمادة ١٢٤ من القانون البنى. وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر جميعاً أن نظرية إساءة استعمال الحق تخضع لاعتبارين أساسيين: أحدهما نفسى محض وهو نية التدليس التى تصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالغير، والثانى مادى يواجه الضرر المناسب

## ٥٦٤ - معايير التعسف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن التعسف

في استعمال الحق على الوضع الذي جاء به القانون المدني الجديد معايير ثلاثة .  
نية الإضرار . ورجحان الضرر . والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هي المقابلة للخطأ العمدى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هي المقابلة للخطأ غير الجسيم فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان في صورتي الخطأ : صورة التعسف في استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم . ففي الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأينا أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . وفي التعسف في استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا في حالة واحدة هي أن يرمى صاحب الحق في استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم في التعسف أضيق منه في الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب في ذلك إلى نصوص القانون التي ضيقت من حدود التعسف (١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ

= عن مباشرة هذا العمل في نطاق يتجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالى : « لا يجوز لأحد أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولجورد قصد الإضرار بالغير » ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهي : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر الفعل . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد في هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم في أى من التشريعات الحديثة لتجنب المخالكة الوقوع في العترة التي يهبط تطبيق نص جديد في مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص المشروع الفرنسى الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالى : « يعد مشولا كل من تجاوز حدود الفرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنس آخر يجمع بين الفكرة التي عبر عنها القانون المدني الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للفرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالغير دون فائدة تعود على من يستعمله ، أو إذا كان مخالفاً لمراعاة الفرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله » . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنس الوارد في المشروع التالى للقانون المدني الإيطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والفرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . ووافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وجعله المادة ٧ من الباب التمهيدي . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٤١ - ٢٠ - ٢٠٨ في المباحث) . (١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يطبق هذه المبادئ قبل أن ترد في نصوص القانون الجديد . من ذلك ما قضته محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعساب =

و التعسف هي صورة مستحدثة ، فيحس عدم التوسع فيها .

### ج - تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف في استعمال الحق

#### ٥٦٥ - تطبيقات تشريعية وتطبيقات قضائية : تنشر تطبيقات التعسف

في استعمال الحق في جميع نواحي القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة في القانون المدني الجديد ، فتسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصري في عهد القانون المدني القديم ، ولم يخرج القضاء في تطبيقه لنظرية التعسف عن المبادئ التي قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية (١) .

#### ٥٦٦ - تطبيقات تشريعية من نصوص القانون المدني الجديد :

نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتي : « الحالة المدنية للأشخاص

في استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التشكيل بالغير ولغير غرض جدي شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر في ٢٢ يونة سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسي منه هو الإضرار بالغير (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن اختار عمداً من بين الطرق القانونية الواجبة له ما يضر منها بالغير من غير أية فائدة يجنيها ، فإنه يسمى استعمال حقّه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ ص ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التعسف في استعمال الحق عمل غير مشروع ، إما لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير ، وإما لأنه انحرف عن الغرض الذي أعطى الحق من أجله ، وإما لأنه ألحق بالغير ضرراً جسيماً (استئناف مختلط في ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) .

هذا وجزاء التعسف في استعمال الحق يفلب أن يكون تعويضاً هدياً . وقد يكون تعويضاً عينياً ، إما بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم المائط الذي يحجب النور مثلاً) ، وإما بمنع الضرر أن يقع (كما إذا كان في التنفيذ المبني إرهاباً للمدين ، وتعسف الدائن في المطالبة بهذا التنفيذ في غير مصلحة جديّة ، فإنه يمنع من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض هدي : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وسنرى أمثلة أخرى في التطبيقات التشريعية للتعسف .

(١) هذا وكثيراً ما غلطت تطبيقات التعسف في استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . وقد سبق أن بينا الفرق ما بين اليمينين .

وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بحسبهم . ومع ذلك  
فى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر ، وتترتب آثارها فيها . إذا كان أحد  
الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء  
لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته  
فناقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متعسفاً ، فيرد عليه قصده .  
ويحرم من الحق فى إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الحفى فى أهليته . وجزاء  
التعسف هنا هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ على ما يأتى : « يجوز لكل من  
الخصمين أن يوجه التيمن الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضى  
أن يمنع توجيه التيمن إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها » . وهنا أيضاً جزاء  
التعسف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ فى عقد العمل على ما يأتى : « وإذا  
فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب  
التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق  
فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . وجزاء  
التعسف هنا تعويض تقضى .

ونصت المادة ٦٩٦ فى عقد العمل على ما يأتى : « ١ - يجوز للحكم بالتعويض  
عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذا كان هذا الأخير  
قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط  
العقد ، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد . ٢ - ونقل العامل إلى  
مركز أقل ميزة أو ملازمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه ،  
لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه  
يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل » . وجزاء التعسف هنا أيضاً  
تعويض تقضى .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك  
الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يصير البحار الذى يستتر  
ملكه بالحائط » . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد

أن وقع . فإتمام الحائط الذى هدمه مالكه تعسفاً من جديد .  
ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتى : «مالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . والتعسف هنا فى أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجزاء هو إزالة الضرر عيناً بإنهاء حق الارتفاق (١) .

**٥٦٧ - تطبيقات قضائية :** والقضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم عى بالأحكام التى تطبق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نواح مختلفة . ونجوزىء هنا بالإشارة إلى بعض منها .

من ذلك التعسف فى استعمال حق الملكية . إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير . وبإخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق بالغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له (٢) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض (٣) . وإذا استعمل المالك حقه دون حيلة ، فانعرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى وأضر بالجار ضرراً بليغاً . كان مستولاً . مثل ذلك من يبنى فى أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالاً فيضر بجاره (٤) . ومثل ذلك أيضاً من يقيم

(١) أنظر فى تطبيقات تفسيرية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التمسك بالملأعلى وجه تعارض مع ما يقضى به حسن النية) — م ٥١٦ فقرة ١ (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) — م ٥٩٤ فقرة ٢ (لجار من الباطن للعقار الذى أنشئ به مصنع أو متجر) — م ٨١٥ (تعليق الحائط المشترك) — م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) — م ١٠٢٤ — م ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتفق والعقار المرتفق به) — م ١٠٩٤ (إقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) — م ١١٠٦ (إدارة المهرمون رهن حيازة لإدارة سيئة) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣٩ ص ٢٥٢ - وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٠ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .



في ملكه مسخرة تؤدي الحار . وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة في مكان آخر (١) .

ومن ذلك أيضاً التعسف في استعمال الحق في إنهاء العقد . فرب العمل الذي يفصل عاملاً مدفوعاً في ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً وتتحقق مسؤوليته التقصيرية (٢) .

ومن ذلك أخيراً التعسف في استعمال سلطة الوظيفة . وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة (détournement du pouvoir) . فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض تآبئة عن المصلحة العامة . كان متعسفاً في استعمال السلطة وتحققت مسؤوليته (٣) .

## المبحث الثاني

### الضرر

(Le préjudice)

٥٦٨ - تحديد الموضوع - الأبحاث : الضرر هو الركن الثاني

- (١) استئناف مختلط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .
- (٢) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ - وانظر أيضاً: استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ - وفي ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

(٣) قض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ - وقد يقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري يصدر من الموظف ، فيكون باطلاً ويوجب التمييز . وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التمييز في هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، ويشترك القضاء العادي مع القضاء الإداري في الاختصاص بنظر دعوى التمييز دون دعوى الإلغاء . وقد يقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي ، فيوجب مسؤولية كل من الموظف والحكومة مسؤولية تقصيرية ، ودعوى المسؤولية هنا من اختصاص القضاء العادي وحد .

للمسئولية التتصيرية . فليس يكفي لتحقيق المسئولية أن يقع خطأ . بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً (١) . وتكلم هنا في قيام الضرر في اللغة . أما الكلام في التعويض عن الضرر فحله الفرع الخاص بآثار المسؤولية . والمضروب هو الذي يثبت وقوع الضرر به . ويؤثر الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن (٢) .

٥٦٩ - الضرر المادي والضرر الأدبي : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله . وهو الأكثر الظالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضرور في سمع ، أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها . وتكلم في كثير من هذين النوعين .

## المطلب الأول

### الضرر المادي

٥٧٠ - شرطاه : الضرر المادي هو إخلال بمصلحة لمضرور ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً . ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع .  
فللضرر المادي إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور . (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

(١) استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٤ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ - أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

(٢) ودأب فرع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة التقص . ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر ، وجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة التقص (الدكتور سليمان مرقس في الفعل الصادر من ٣٠) .

## ١٤ - الإخلال بمصلحة مالية للمضروب

٥٧١ - الضرر بإهمال بحو أو بمصلحة : قد تكون المصلحة المالية

للمضروب حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢ - الضرر بإهمال بحو للمضروب : لكل شخص الحق في السلامة :

سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدي على الحياة ضرر . بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة في العلاج هو أيضاً ضرر مادي (١) .

والتعدي على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلاً لآخر . أو قلع زراعته . أو خرب أرضه . أو أتلف له مالا كآثاث أو عروض أو غير ذلك . كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضروب في حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت . عينياً كان هذا الحق أو شخصياً . هو ضرر مادي . والأمثلة على ذلك كثيرة نختزى بما قدمناه منها .

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بصبر أولاد المقتول بمحرماتهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه (٢) . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم في النفقة قبل أبيهم (٣) . وقد يكون المضروب تبعاً دائئاً للمصاب

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٥ يونية سنة ١٩١٤ الترائع رقم ١٢٤ م ٢٥١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ - ٩٧ - وفي ٢٨ يونية سنة

١٩٤٤ م ٥٦ م ٢١٠ .

(٣) ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق في النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه في النفقة . أما إذا كان ليس له حق في النفقة ولكن كان يعال فعلاً ، فسرى أن الضرر الذى يزل به في هذه الحالة يكون إخلالاً بمصلحة مالية لا إخلالاً بحق ثابت — أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته لأن الزوج لا يجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ م ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادي لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا على اعتبار في تقدير التعويض (استئناف مختلط في ٧ =

لا بتفقة ولكن بحق آخر . فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية . مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصي . وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فقد مدینه وفوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن الحركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه . وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

**٥٧٣- الضرر إهمول بمصلحة مالية للمضروب :** وقد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضروب ولكن بمجرد مصلحة مالية له . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل . فيكون المستول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له إذ جعله مستولاً عن معاش العامل ،

= أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ (س ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادي أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يتفد من عمل ولده (استئناف مختلط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ س ٣٢ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ س ١٩٥) - ولا يدخل في تقدير التعويض ما أخفقه الوالد في تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٤٧٣) - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ٥ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ س ٢٢٤) .

والقضاء مضطرد في جواز المسك بتعويض عن الضرر المادي الذي يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ س ٢٩٦ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ س ٢٩٢ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ س ١٩٢ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ س ٣٠٢ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ س ٢١٨ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ س ٤١٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ١٨ س ٢٣٢ رقم ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثاً يتقاه بل هو حق شخصي له ، فلا يعطى بنسبة النصيب في الإرث بل بمقدار الضرر الذي وقع (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ س ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ س ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ س ٢٩٥) . أما إذا ثبت أن أقرب المصاب متفولاً عنه وأنه ليس بمولود فلا حق لهم في التعويض : استئناف مختلط في ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ س ٢٢٢ (بنت متزوجة) - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ س ٢٩٦ (شقيقة تراول مهنة تستطيع أن تعيش منها) - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ س ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بلغوا سن الرشد وموطنون في الحكومة ويحشون مع والدهم ولكنه لا يتفق عليهم بل هم الذين يساعدهم) .

والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضرور أن يفقد عائلته دون أن يكون له حق ثابت في النفقة . وهذا بخلاف من له حقوق ثابتة في النفقة فإن الضرر يصيبه حتى لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلود به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية — لا في حق — إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويتقضى له بتعويض على هذا الأساس . كذلك الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة في إتمام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضي (١) .

وبراعى أن المصلحة المالية التي يعد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالحليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها . لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم ، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هي في ذاتها مشروعة (٢) .

## § ٢ - تحقق الضرر

### ٥٧٤ - الضرر الحال والضرر المستقبل : ويجب أن يكون الضرر محقق

الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلاً . أو سيقع حتماً (٣) .

(١) أما التعامل مع المصاب ، كالماتك والقصاب والحجاج ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفي لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لا بمصلحة مالية غيب (مارو ١ فقرة ٢٢٧ - ٦) .

(٢) أنظر مارو ١ فقرة ٢٧٧ - ٧ إلى فقرة ٢٩١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب بمقتضى القانون لمصلحة طلب المدعى إندق الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى نائماً على وجه اليقين والتأكد ، وأيضاً ولو في المستقبل . ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداية (قصر حشاشي =

مثل الضرر الذي وقع فعلاً - وهو الضرر الحال - هو أن يموت المضرور أو يصاب بثلث في جسمه أو في ماله أو في مصلحة مالية له على النحو الذي قدمناه .

ومثل الضرر الذي سيقع حتماً - وهو الضرر المستقبل - هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذي وقع فعلاً من جراء عجزه عن العمل في الحال ، بل وعن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل . فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضي وحكم به كاملاً . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً . كما إذا أصيب العامل في ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتئز أو ستبقى . فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذي يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق في المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير في الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته . ولا يعلم أحد في أى وقت يموت ، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى . فيجوز للقاضي بعد أن يتقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) . وقد أشار إلى هذه الفروض

= في ١٦ بونية سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦ - وانظر أيضاً طلباً الاستثنائية في ٤ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ - وانظر في القضاء المختلط : استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بورلي م ١٧٩ رقم ٩ - وفي ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ - وفي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٠ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٠ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

(١) وقد جرى القضاء في عهد القانون القديم على هذا المبدأ ، فكان يسمح للمضرور أن يطلب تعويضاً مؤقتاً ثم يشكله بعد ذلك في دعوى نالية . وقضت محكمة النفس في هذا المعنى بما يأتي : إذا دخل شخص مدعياً بحق مدنى أمام محكمة الجنيح طالباً أن يقضى له بمبلغ بمقتضى تعريض مؤث من الضرر الذي أصابه بفعل شخص آخر ، مع حفظ الحق له في المطالبة بالتعويض المكمل من الشئول عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض الموقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بشكلاً =

القانون المدني الجديد . فتمضى في المادة ١٧٠ بأن «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعية في ذلك الظروف الملازمة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) » . وقضى في الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن «يعين

= التعويض بعد أن يتبين له مدى الأضرار التي لحقت من الفعل الذى يطلب التعويض بسببه . وقت المحكمة في أسباب الحكم ما يأتي : « ... أن المظنون ضده إذا كان قد تدخل في دعوى الجحفة وطلب فيها خمسة جنيهات تعويضاً عن الحادثة التي يطلب التعويض بسببها الآن ، فلقد حدد قدر التعويض وصفته وأثبتت عمكة الجحج له أنه إنما يطلب تعويضاً موقئاً (أى شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض) محتفظاً بحقه في طلب التعويض الكامل من المسؤولين عنه بعد أن يبين الزمن مدى الأضرار التي نشأت له من الحادثة .. كل هذا قد بينه الحكم المظنون فيه بصدوره على هذا الوضع ، وأكد أن المظنون ضده لم يستفد في دعوى الجحفة ما كان له من حق . فموضوع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى ، بل هو تكملة له كما قال الحكم المظنون فيه (نقض مدنى في ٧ بولية - سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : نقض مدنى في ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٢٢٢ - نقض جنائى في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المخامة ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ - المنصورة الكلية الوطنية في ١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٣ المخامة ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٣٩٥ - استئناف محتاط في ١٩ أبريل سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ١٨٨ - وفي ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

وقد جرت المادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسئولية من اختصاص الدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التعويض الموقت ، ثم يرفع دعوى المسئولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٣) .

هذا ويراعى أن التعويض الموقت غير النفقة الموقته التي سبأى ذكرها فيما يلى عند الكلام في تقدير التعويض .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كتابياً كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستبين عقبه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقئاً بالثبوت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يبيد النظر في قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا اقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيها حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣) . وقيل في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في صدد الاعتراض على النص بمبدأ قوة الشيء المقضى ما يأتي : « إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي ، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكبيلي خلال مدة يبينها ، فلا يتناق ذلك مع قاعدة حجية الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا (١) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقفاً وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره . ثم تنكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه . كأن يكن بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضروب أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول . ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي . فإن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول التقدير ظرفاً من شأنه أن يزيد في الضرر . فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذي وقع به . وقدر الإيراد بمبلغ من النقود . ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك . فلا يستطيع المضروب أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد . ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافياً لنفقة المضروب . فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاذه تبعاً لانخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها (٢) . أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تنكشف الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقفاً ، كأن قضى لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره . ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد اسرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقاذه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضي (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال ، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح للعامل تقدمه حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوجه . ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمينا ، أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما حد بتقدير تعويض إضافي » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣٩٧) .

(٢) مازو ١ فقرة ٢٢١ .

(٣) مازو ١ فقرة ٢٣٠ .



## ٥٧٥- الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل (préj. futur)

- وهو ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا - والضرر المحتمل (préj. éventuel) وهو ضرر غير محقق - قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطفه خلافاً في منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل ، ويلتزم المسؤول بإصلاحه . ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحتمل أن الخلل سيؤدي إلى انهدامه . ويرتبص صاحب المنزل حتى إذا انهدم منزله فعلاً بسبب هذا الخلل ، رجع على المسؤول بالتعويض عن ذلك (١) .

## ٥٧٦- التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر

المحتمل - وهذا لا يعرض عنه سلب النحو الذي مر - وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعرض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً . فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض . فإذا أهمل محضر في إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة في إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المتسابق كان يفوز حتماً في المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتماً ، وأن الثاني كان لا يفوز حتماً في المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذي وقع . وعلى القاضي أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أي حد كان الاحتمال كبيراً في كسب الاستئناف أو في الفوز في المسابقة ، ويقضي بتعويض يعدل هذا الاحتمال . والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير ، وعلى القاضي أن يأخذ بالأحوط وأن يتوفى المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة (٢) .

ومما جرى به القضاء المصري التعويض عن تفويت فرصة النجاح في

(١) أنظر في عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلاً : استئناف مختلط في نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ١٢ - وفي أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢٧٦ .  
(٢) مازو ١٩٩٠ م ٢١٩ .

الامتثال (١). والتعويض عن نفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة (٢)،  
والتعويض عن نفويت الموظف الفرصة في الترقية إلى درجة أعلى (٣).

## المطلب الثاني

### الضرر الأدبي (\*)

٥٧٧- تحديد الضرر الأدبي: الضرر الأدبي (dommage moral) هو

الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله . وقد رأينا أن الضرر الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مالية هو ضرر مادي . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبي ، فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبي إلى أحوال معينة:

١ - ضرر أدبي يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام . كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إتساق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادي ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

٢ - ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخريصات والاعتداء على الكرامة . كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هي تضر بسمعة المصاب

---

= لو أنه استمر في الخدمة حتى بلوغه سن التقاعد . فإنه يكون متعياً تقفه في هذا المصروف (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ من ٧٠٩) .  
أنظر أيضاً في هذه المسألة : نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ من ٢٦٢ - وفي ٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ من ٣٩٠ .

(\*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ - دورويل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - أشار (Achnat) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ - جامد (Gaud) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ - ديوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ - دلماس (Delmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ . لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها - سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - ديوج ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها - مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها - الموجز للدولت فقرة ٣٣٠ - مدعاني مرغى بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنت بك فقرة ٤٦٧ - فقرة ٤٦٨ - الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضلوع فقرة ٢٥ .

وتؤذى شرفه واعتباره بين الناس (١).

٣ - ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وحفظه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي (٢) .

٤ - ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز هذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقّه . حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .  
ويجب في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي . كالضرر المادي . ضرراً محققاً غير احتمالي .

## ٥٧٨ - الضرر الأدبي قابل للتعويض : والضرر الأدبي على النحو

الذي قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان القانون الروماني يقر أحوالاً كثيرة يعرض فيها عن الضرر الأدبي في كل من المسئولين التقصيرية والعقدية .  
وتلاه القانون الفرنسي القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي . وقصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية . توهم أن هذا هو حكم

(١) وما يؤذى السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر السككية الوطنية بأن الأمراض في ذاتها من الموراث التي يجب سترها حتى لو كانت مسجعة ، فإذا عتيا في محافل عامة وعلى جبهة السمعين يسى إلى الرضى إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع المراقيل في طريق حياتهن وبسبب صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض (١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(٢) والإخلال بإقامة الشعائر الدينية يعتبر ضرراً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تعبد مقالول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر ذلك ، ثم لم يتم إلا بعضه ، يعتبر الضرر متوفراً لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذي أخذته من التعمد يصح حقاً مكنباً لها كما شرط في التعمد (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٢٥) .

القانون الرومانى . وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئولين في وجوب التعويض عن الضرر الأدبى .

ونصوص القانون الفرنسى الحديث فى عمومها وإصلاحها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبى بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى . وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده فى أحكام كثيرة (١) أما الفقه الفرنسى فقد انتسم بآدى الأمر إلى فريقين . الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبى متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير (٢) . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبى يجوز تعويضه وضرر أدبى لا يجوز فيه التعويض ، واختلقوا فى وضع حد هذا التمييز . ففهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يجرى إلى ضرر مادى : ولا يعوض إلا هذا الضرر المادى وحده (٣) . فهؤلاء إذن لا يعيرون تعويض الضرر الأدبى فى ذاته . ومنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية (٤) . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يجوز التعويض فى الضرر الأدبى الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه فى العادة يجرى إلى ضرر مادى : ولا يعجزه فى الضرر الأدبى الذى يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يترج به ضرر مادى (٥) . ولكن جمهور الفقهاء فى العهد الأخير يقولون بجواز

(١) وقد استقر القضاء الفرنسى على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٤٣ (سيرة ١٨٤٣ - ١ - ٤٥٨) . وانظر أيضاً : قس فرنسى فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٦٣ - وى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ - ١ - ٣٩٩ - وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٥٨٦ - محكمة ديجون الاستثنائية فى ٢٥ يولية سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ - ٢ - ٢٠٦ .

(٢) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٦١ - ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ - تورنيه (Tournier) رسالة من مونتيلييه سنة ١٨٩٦ - سافى فى القانون الرومانى ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) ميغال (Meynial) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٤ - إسمان فى المجلة القضائية للقانون الدنى سنة ١٩٠٣ .

(٤) أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٨ .

(٥) مانجان (Mangin) ١ فقرة ١٧٣ - لا بورد (Laborde) فى المجلة الانتقادية سنة

التعويض عن الضرر الأدبي (١). أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستعص فمبني على لبس في فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود . وإلا فالضرر الأدبي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث الضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي . فالتخسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبي . فمن أصيب في شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وإن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لتكفيل برد اعتبار المضرور (٢) . ومن أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب الراحة تكفي من شجنه . والألم الذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضي إلا أن يتقدر مبلغاً يكتفى عوضاً عن الضرر الأدبي ، دون غلو في التقدير ولا إسراف .

وفي مصر استقر القصد (٣) والقضاء (٤) على جواز التعويض عن الضرر

---

(١) كولان وكابتان ٢ فقرة ١٢٩٨ - بلايول وريبير ٢ فقرة ١٠١٢ وما بعدها - بلايول وريبير وإسمات ١ فقرة ٥٤٦ - جوسران ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها - سوردا ١ فقرة ٣٣ - ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ - لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها - سامانتيه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - جاردينا وريبنى فقرة ٩٥ وما بعدها - مازو ١ فقرة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر مخطوط الحكم في الصحف يكون تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الناجم عن «بروستو» كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١م ٤٤ ص ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ٣٥١) - أو تصحيح الواقعة المكتوبة (استئناف مختلط في أول مارس سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ١٤٤) . وبخفت التعويض إهمال المضرور في نشر تكذيب للغير المنسوب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩١٣م ٢٥ ص ٢٥٣) .

(٣) الموجز للوقايف فقرة ٣٣٠ - مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت بك فقرة ٤٦٧ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٢٥ .

(٤) كان القضاء الوطنى بإدعى الأمر مردداً في تعويض الضرر الأدبي ، فقضت محكمة قضا الاستئنافية بأن الشرف لا يرقم بمال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب

الأدبي . ثم أتى القانون المدنى الجديد فأكد هذا الحكم . إذ نص في المادة ٢٢٢ على ما يأتى :

« ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً . ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق . أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

« ٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب (١) » .

== موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ من ٢٤٧) ، ولكنه مالمب أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى : نفس جنائى فى ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال : ١٦٥ - وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ من ١٥٦ - وفى ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ من ٢٥٦ - وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية عدد ١٥١ من ٦ - استئناف وطنى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ من ١٧١ (ملع زهيد كعويض رمزى : أنظر فى هذا المعنى أيضاً مصر السكايه الوطنيه فى ١٤ مارس سنة ١٩٠٩ المحاماه ٢٩ رقم ١١٧ من ٢٠٢) - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ من ٨٩ ( تستحق الزوجه تعويضاً عن الضرر الأدبى لحجر زوجها لها وهذا غير النفقة ) - وفى ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ من ٣٠٣ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ من ٧٣ - وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ السرائع ٢ رقم ١٣٢ من ١٢٢ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ من ٢٥ - وفى ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماه ٧ رقم ٤٩٨ من ٨٧٣ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٣١٠ من ٦١٥ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٣١٥ من ٦٢١ . مجلس حسي عال فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ من ١٨٧ . وميل القضاء الوطنى ألا يجعل التعويض الأدبى سبيلا للأثرأه أو للاستقلال . وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ، على ألا يكون هناك مغالاة فى تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستقلال : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ من ٢٢٥ - وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٢٣٨ - وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٩٩ - وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٦٦ - وفى ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٤٦٩ - وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٤٨ - وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم ٢٤٩ من ٣١٨ - وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٤١ من ٨٩ - وفى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ٢١٢ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٢١ - وفى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٨١ . ولا يجوز أن يسكون التعويض عن الضرر الأدبى بمثابة عقوبة (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ من ٣٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٣٨ » . وفى -

وعلى هذا المبدأ استقرت التقنيات الحديثة (١).

**٥٧٩- من له حق التعويض عن الضرر الأدبي :** كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص . وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه . ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته . والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته (٢) .

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه . فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث - كما سئرى - إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك . إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه . فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به خذا أمام القضاء .

بقي الضرر الذي يصيب ذوى الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص

== لجنة المراجعة قل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائي على الوجه الآتي : ١٥ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طوالب به أمام القضاء . ٢ - ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضي للأقارب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . وأصبح رقم المادة ٢٣٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص - وفي لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة « أو طالب الدائن به أمام القضاء » بعبارة « أو طوالب به » الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى تقييد الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وكان النص المروض لا يمنع انقاص من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا تحمد عقباه ، فضلا عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٦٦ - من ٥٦٨) .

(١) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات والسببى والمادة ١٣٢٧ من القانون النماوى والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسى الإجمالى والمادة ١٣٤ من القانون اللبنانى والمادة ١٦٦ من القانون البولونى .

(٢) أنظر في هذا التمييز : سشاف . مجلد ٣١ ديسمبر - يناير ١٩٤١ م - ص ٣٤٤ .



إلى تحديد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجدته وأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضي تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وحدوا . بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى . فهذا الضرر الأخير العبرة فيه من له حق التفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلاً كما قدمنا . فإذا كان الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم . لم يجوز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الأخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والحالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة . ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم (١) . وظاهر أن خطة القانون الجديد في الضرر الأدبى غير خطته في الإكراه والدفاع

(١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون المدنى القديم يجعل حلقة الأقارب أصبى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالأخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يفكر فيه إلا بعد موته للمطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط في أول يولية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ — وفي ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٥ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الابن الصغير دون الزوج أو الأب) — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفي ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للأخوة لألم) — وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — بحكمه مصر الكلية المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأمسول والعروغ دون المواشى) .

وكان الشروع التمهائى تنسج فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فسيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النحو الذى رأيناه ، واستندت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصرى في عهد القانون المدنى القديم (أنظر آخراً فقرة ٥٧٨ — ومجموعة الأعمال التكميلية

الشرعى وحالة الضرورة . حيث حصر الأضرار هنا ولم ينص عليهم هناك . ويرد ذلك الميل إلى حصر نطاق لادعاء بوقوع ضرر أدنى . والحد من التعالاة في ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت . فتعويض ذوبه عن الضرر الأدنى الذى لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بخبر أكبر . وإن كان النص لم يعرض إلا لحالة الموت وترك ما دون ذلك لتقدير القاضى . ومن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدنى في هذه الحالة لغير الأم والأب .

#### ٥٨٠ - متى يمكن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدنى :

الأصل في التعويض عن الضرر الأدنى أنه شخصى مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محقة . وقد عرضت المادة ٢٢٢ التى تقدم ذكرها لتحديد ذلك . فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول . فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء ومطالب المسئول بالتعويض . أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم . أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض إلى أحد . فإذا مات المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته (١) .

وكان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يعبر على مقتضى هذا الحكم (٢) . بل إنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى . إذا لم

(١) وقد تشدد القانون المدنى الجديد في التعويض عن الضرر الأدنى من ناحيتين : ناحية من له الحق في المطالبة به . وناحية تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصرى يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدنى إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مختلط في ١٧ يونية سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٦ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٧ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٧٩) . واكتفى حكم في انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المني عليه قدم شكواه بأن أثبت أقواله أمام المحقق (بنى سوبف في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ رقم ١/١١٥ ص ٣٦٢) .

يوجد اتفاق . بالمطالبة القضائية لانتقال حتى التعويض . بل يشترط صانع  
حكمهائى بقرار مبدأ التعويض ويعين مقداره (١) .

## المبحث الثالث

### علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (\*)

(Le lien de causalité)

٥٨١- السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها

أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم فى التعويض عن الضرر الأدبى إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائى ، فإذا مات المورث فى أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ - وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصرى قد استقر فى عهده الأخير على النحو الذى قدمناه ، فإن القانون الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضى بجواز انتقال الحق فى التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى فى حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائى . فإذا وقع الضرر الأدبى قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفضت الدعوى بعد نفاذه ، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفورى للقانون (effet immédiat) . وكذلك الحكم إذا رفضت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث بعد نفاذه وقبل صدور حكم نهائى . أما إذا رفضت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث قبل نفاذ هذا القانون أيضاً وقبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة ، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره به القضاء ، هو الذى يسرى فى هذه الحالة .

(\*) بعض المراجع : مارتو (Marteau) رسالته من ١ كس سنة ١٩١٤ - ديموح ٤ فقرة ٣٦٥

وما بعدها - لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها - سافاتيه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها - بلانويل وريير وإسمان ١ فقرة ٣٨٠ وفترة ٥٣٨ وما بعدها - وديشيو (Deschizeaux) رسالته من جريون سنة ١٩٣٤ - الدكتور سليمان مرقص رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها - هنرى ولبون مازو ٢ فقرة ١٤١٧ وما بعدها - إسمان : مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٣١٦ وما بعدها - مارتى (Martey) مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها - الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٣ وما بعدها - مصطفى مرعى بك فقرة ١٣٢ و١٠ بعدها - الدكتور أحمد حنمت أبو ستيت بك فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

أضرب الضرر . والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية ، وهي ركن  
 - مثل عن ركن الخطأ . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا  
 أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتحتقن مسؤوليته على  
 أساس تحمل التبعة . فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد  
 الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء (١) لذلك مثلاً : يدس شخص  
 لآخر سما . وقبل أن يبرى السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله  
 بمسدس . فهنا خطأ دوس السم . وضرر هو موت المصاب . ولكن  
 لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، فوجد الخطأ ولم  
 توجد السببية . ونورد مثالين آخرين يوجد فيهما الخطأ ولا توجد السببية .  
 بعد أن يتم البيع يكشف المشتري عما عسى أن يثقل العقار الذي اشتراه من  
 رهون . فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون . ثم يتضح أن هذا الكشف  
 غير صحيح وأن العقار مثقل برهن . وينزع الدائن المرهن ملكية العقار .  
 فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح . وضرر وهو نزع ملكية العقار ،  
 ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام  
 البيع فلم يكن هو السبب في وقوع الضرر . شخص يقود سيارة دون رخصة .  
 ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ  
 وهو قيادة السيارة دون رخصة . وضرر وهو إصابة أحد المارة . ولكن  
 الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب ،  
 فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

## ٥٨٢ - اتصال السببية بالضرر : وفي الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن

القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن براعى ما يأتي :  
 أولاً - الضرر في هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالموت  
 في المثل الأول سببه إطلاق المسدس لا دس السم . ونزع ملكية العقار  
 في المثل الثاني سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح . وإصابة المار في المثل  
 الثالث السبب فيه خطأه هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هي انفصلت  
 عن الخطأ ، فإنها تتصل بالضرر .

(١) مارتو (Marteanu) في رسالته « السببية في المسؤولية المدنية » إكس سنة ١٩١٤ .

ثانياً - إذا كان الخطأ الأول الذى انزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية .  
فذلك لا لأن السببية منعدمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه  
أى ضرر . فحيث تنعدم السببية يتعدم فى الوقت ذاته الضرر . ومن هذا  
الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً - إذا قام السبب الأجنبى فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها . بل هو  
أيضاً بنى الالتزام القانونى الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير والذى يعد  
الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب  
أجنبى (م ٢٧٣) . فالسبب الأجنبى إذن لا يعدم علاقة السببية وحدها بل  
يتعدم معها الخطأ (١) .

### ٥٨٣ - استبعاد السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ

مفرضاً : وإذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر  
فى جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور عندما يكلف  
بإثبات الخطأ ، يلجأ فى العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب فى إحداث  
الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون فى الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتستمر  
السببية وراء الخطأ ولا يتبين فى وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح  
استقلالها فى الأحوال التى تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ  
من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . فى هذه الحالة الخطأ مفروغ منه  
ولا يكلف المضرور إثباته . أما السببية فيمكن فيها بإثبات السبب الأجنبى .  
ففيها إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هى . ويدور  
الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

### ٥٨٤ - قاعدة الجمع : قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر .

فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبى انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضاً

(١) ومن هنا يصح السؤال عن الفائدة الدنية لقيام السببية ركناً مستقلاً عن الضرر وعن  
الخطأ . وقد رأينا فى مثل أنها حيث تنعدم بتعدم معها الضرر ، وفى مثل آخر أنها حيث تنعدم  
بتعدم معها الخطأ . فلا تنفى السببية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر ،  
وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يكفى أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انتفت  
المسئولية . ولا تندو السببية ركناً متمراً إلا حين الكلام فى السبب المنتج والسبب المانع .

حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج . أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .  
نبحث إذن أمرين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

## المطلب الأول

### انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٥٨٥- النصوص القانونية: تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر . ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك (١)» .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التهديدي مع بعض خلاف في اللفظ . وأقرته لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة «الصاب» بكلمة «المضرور» ، وأصبح رقم المادة ١٦٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جزئاً سائمت طويلة حول النص . وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون البدأ في المسؤولية التعسفية هو أكثر من الخطأ ، وتحمل التبعة ، فلا يستطيع المثل أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . فرد عليه بأنه لا توجد شريعة اتخذت كأسس للمسؤولية بدأاً تحمل تبعة الخطأ والخطأ المفروض فقط ، وإنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسؤولية كبدأ عام ، ثم رد استثناءات على هذا البدأ يؤخذ فيها بالخطأ المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦١ - ص ٣٦٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في صدد هذا النص والتصوم التالي ما يأتي :  
«تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحوال ارتفاع المسؤولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفریق بين أحوال ارتفاع المسؤولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن في السبب الأجنبي ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع ذلك في حالة الدفاع الشرعي وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فمن الأنسب من الناحية العملية أن تتحد هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة انتفاء المسؤولية تنتظمها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . ونسكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن =

فالسبب الأجنبي الذي بعدم رابطة السببية هو كما يقول النص :  
 (١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء (force majeure ou cas fortuit)  
 (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers) (١).  
 ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة (٢) .

## ١٥ - القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

٥٨٦ - القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد : قال بعض الفقهاء  
 إنهما شيان مختلفان . ولكن هؤلاء لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .  
 فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه . أما  
 الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الخصاصتان  
 اللتان سنفصلهما فيما يلي . وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويمكن  
 في نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن  
 التوقع . فلا يلزم اجتماع الخصاصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأي ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً  
 لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع . ولأن الحادث الفجائي  
 يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع .

ثبت وجود السبب الأجنبي ونفى بذلك مسؤوليته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدثين من  
 الفقهاء تحليل أحق في هذا الشأن . فن رأهم أن المضرور إذا أقام الدليل على المسؤولية يثبت  
 الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلم يحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة  
 السببية هذه يثبت السبب الأجنبي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨ ) .

(١) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على  
 سبيل المصير كما هو واضح من النص . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في  
 هذا الصدد ما يأتي : « ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً غائياً أو قوة قاهرة -  
 وليس ثمة محل للتفريق بينهما - أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان  
 غير وارد على سبيل المصير . فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاصفاً بالشئ المثلث أو مريضاً  
 خاسراً المضرور . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ ) .

(٢) وقد رأينا في المسؤولية التقدية أن علاقة السببية تنفي أيضاً يائبات السبب الأجنبي . وكل  
 ما استدركه في شأن السبب الأجنبي ، من حادث غائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو  
 خطأ من الغير ، ينطبق في كلتا الشواطين : المسؤولية التقديرية والمسؤولية التقدية .

ولا يمكن وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة نسبية (١).  
ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع خصيصتين . ولكن يميز في خصيصية  
استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقاً فتوجد القوة القاهرة .  
أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي (٢) . وسرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس  
صحيح ، إذ الاستحالة . في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي . يجب  
أن تكون استحالة مطلقاً .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة  
والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع عبر ممكن التوقع . ولكن القوة  
القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة  
أو زلزال . والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانهجار  
آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق  
المسؤولية . أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته (٣) .  
وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة .  
إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسؤولاً عن الحادث الفجائي دون  
القوة القاهرة .

ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على  
أساس صحيح . لذلك نقول بجمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما ، وعلى هذا أيضاً  
إجماع الفضا (٤) .

## ٥٨٧- الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي :

ويبقى أن نفصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة القاهرة

(١) رادوان (Radouant) (في الحادث الفجائي والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ ص ١٧٣ وما بعدها) ولايه (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ ص ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث  
الفجائي تميزان بكل أحدهما الآخر ، فالتمييز الأول يبرز خصيصية استحالة الدفع ، والتمييز الثاني  
يرز خصيصية عدم إمكان التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى  
تعدم السببية . ولكن هذا الرأي يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي معدوم  
القائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكايتان الطبعة العاشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جومران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أنظر في هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١٥٥٩ - فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء

التي يشير إليها .



أو حادثاً فجائياً . ونص القانون بصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنها سبب أجنبي (cause étrangère) لا يدرأ الشخص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف في حاجة إلى التحديد . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع (١) . فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا بد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا بد له فيه ، ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .  
ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

**٥٨٨-عدم إمكان التوقع :** يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه . لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور . فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي . بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادي ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .  
ولا يكون الحادث ممكن التوقع بمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى . فقد يقع حادث في الماضي ، ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل ، إذا كان من النادرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .  
وعدم إمكان التوقع ، في المسؤولية العقدية ، يكون وقت إبرام العقد . فتي كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته (٢) .

**٥٨٩-استحالة الدفع :** ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث

(١) ويندرج في شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً كما سنرى .  
(٢) استئناف مختلط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

الفجائي مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى هو استحالة توقعه .  
لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه  
أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً . وأن تكون الاستحالة مصادفة : فلا تكون  
استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون  
في موقف المدين (١) . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية  
الحوادث الطارئة ، فقد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام  
يصح مرهقاً لا مستحيلاً

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحالت  
على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام . كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية  
فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك في نفسه أثر يبالغ باستحيل معه أن يقبل  
على الغناء . كان الحادث قوة قاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت  
هناك استحالة معنوية . وعليه أن يخطأ في تقدير ذلك (٢) .

#### ٥٩٠ - تطبيقات عملية : ونورد هنا بعض تطبيقات عمالية لحوادث تجمع

بين الشرطين المتقدمين فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى .  
فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات  
اقتصادية . ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل  
توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها . بل ما خلفته من أحداث واضطرابات .  
فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً . وطرد منها سكانها . كان هذا الحادث  
قوة قاهرة تعنى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار . والوديع من  
التزامه بالمحافظة على الوديعة . والمقاول من التزامات المقاولة . وهكذا .  
وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه .  
أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة  
ولم يتخذها . كان هذا خطأ في جانبه يخفق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر .  
وقد تكون الحرب سبباً في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء  
الحاجيات والمواد الأولية . فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين في

(١) استئناف مختلط في ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ س ١٥٩ .

(٢) مازو ٢ فترة ١٥٧٠ .

منه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince) .  
أو وقوع زلزال . أو حريق . أو غرق ، أو هبوب عاصفة . أو حدوث  
مرض طارىء ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة . أو تلف . أو نحو ذلك  
من الحوادث ما دام شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا (١) .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى . كما  
إذا انفجرت آلة . أو انكسرت عجلة . أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ،  
أو اعترضها عقبة مفاجئة . أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر  
شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع (٢) .

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكاب . كل هذا قد  
يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع (٣) .

### ٥٩١- أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وإذا كانت القوة القاهرة

أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة  
السببية ، ولا تتحقق المسؤولية كما قدمنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الإعفاء من تنفيذ  
الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على  
أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٧٨ — فقرة ١٥٨٩ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ — فقرة ١٦٠٥ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسؤولية الحكومة  
المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية فى أثناء قيامه بأمورية خطيرة تخضع  
للتواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ فى جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا  
الخطأ والضرر الذى أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذى سبب الضرر مباشرة فى  
هذه الحالة هو ما قبل من رفض رئيس البوليس المحلى إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب  
ذلك ، مادام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذى كان مفاجئاً بقدر ما هو عنيف ، لم يكن  
فى هذه الظروف من المستطاع تناديه ( استئناف مختلط فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص  
٢٠٨ ) .

الفجائي ، ويرتّب على ذلك أنه يجوز لها أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا يخلّي المدين من التزامه . أو أن يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب (١) .

## ٢٥ - خطأ المضرور

٥٩٢ - وضع المسألة : استبعد ضرورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها :

ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسؤولية التقصيرية . إذ لا يوجد أمامنا مسئول . فالمضرور هو الذى ألحق بنفسه الضرر . وكان هذا بفعله . سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإذا ما كان يكون الكلام فى خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع فى الوقت ذاته خطأ من المضرور . ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور فى مسؤولية المدعى عليه . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن فى إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ . فذلك لأن مجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يمحو أو يخفف من مسؤولية المدعى عليه . وإلا لاعتذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهمه القطار أو السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهمته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسؤولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف : انحراف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قبل هناك فى خطأ المسئول يقال هنا فى خطأ المضرور (٢) .

(١) ما زو ٢ فقرة ١٦١٥ - فقرة ١٦٢١ . وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلى .  
(٢) وإذا كان المدعى عليه أن يمتنع بخطأ المضرور على التعويض الذى سنبينه كان له أيضاً أن يمتنع بهذا الخطأ على وريثة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خطؤه سبباً فى وقوع الحادث ادى انتهى بموته ، كان للمدعى عليه أن يمتنع بخطأ المضرور على وريثه كما كان =

وأما أن يكون خطأ الضرر له شأن في إحداث الضرر . فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتاج به لأن له علاقة بالضرر الذي وقع . فلو لم يكن هذا الخطأ شأن في إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتاج به (١) .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن الضرر خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر (٢) . وجب أن نعرف إلى أي

== نستطيع أن نحتاج هذا المعنى على الضرر منه لو بقي حياً . هذا إذا كان الوارث يرفع دعوى الضرر باعتباره وارثاً . أما إذا تقدم أصيلاً في دعوى المسؤولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه في هذه الحالة أن يحتاج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذي يستطيع به الاحتجاج بخطأ الغير ، إذ أن الضرر الأصلي في الفرض الذي نحن حده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالنسبة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملاً ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب في تركته بقدر مسؤوليته ، ويكون الوارث مسؤولاً عن ذلك في حدود نصيبه في التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان المصاب مفلاً دهسته سيارة والوارث أبوه وقد أخضع في القيام بواجبه من الرعاية لطفلة بتركه أيام دون رقيب .

(١) ولا يفرض هنا لا إذا كان الضرر قد استتاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استتاع المدعى عليه إثبات أن فعل الضرر هو وحده سبب الضرر . ففي الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسؤولاً عن تعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، ولا دخل لفعل الضرر أو لحظته في الضرر الذي حدث . وفي الحالة الثانية يكون فعل الضرر وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه في هذا الضرر فلا تتحقق مسؤوليته أصلاً .

(٢) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم يقف سائق الترام في المحطة ومع ذلك تساق أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلتفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسؤولاً ( استئناف مختلط في ٢٣ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ ) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق للسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يجبه خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم يقف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سيقفها الوقوف ( استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢ ) . وفي قضية أخرى هذا السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف ، وكان أحد الطلبة قد تعلق بمركبة ، وأسرع السائق في السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات في المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركاً بين السائق الذي أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف في المحطة الإجبارية وبين الطالب الذي تعلق بالمركبة والتزام سير ولو بعد تهدئة السير ( استئناف مختلط في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧ ) . وإذا تمت الإدارة بأعمال حفر في الطريق العام ، خفرت خندقاً في عرض شارع رئيسي ، وأتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة ، كان هناك خطأ مشترك ==

حد بوتر خطأ المضرور في المسؤولية التي تحث على سخط المدعى عليه . وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استنفذ الخطأ الآخر ، أو بقي كل من الخطأين مستقلاً عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

**٥٩٣ - استغفار أحد الخطأين للخطأ الآخر :** إذا استغفر أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغفر من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغفر خطأ المضرور ، كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يجمعف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغفر خطأ المدعى عليه . فإن مسؤولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

ويستغفر أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر . والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

## ٥٩٤ - الحالة الأولى - أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر :

**الآمر :** مهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر . فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغفر الخطأ الأحدث إلا في صورتين : الصورة الأولى هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدي . والصورة الثانية هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك في بعض الأحوال وهي قليلة .

ففي الصورة الأولى يكون أحد الطرفين . المدعى عليه أو المضرور ،

== (استئناف مختلف في ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ١٤٩) .

أنظر أيضاً : استئناف مختلف في ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٥٧ (صاحب ماكينة طبع كان من واجبه أن يحتاط ببيع إبريراً يفصل ما بينه وبين الطريق العام) - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يشأ أن الحكم ويرجع على الضامن ، فتمسك الضامن بخطأ المدعى في عدم استئناف الحكم) - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ من ٢١ (أعطى السكران إشارة السير قبل الأوان ، والتمل لم تعافظ عليه مراقبته ، والخطأ مشترك) - وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) .

أنظر أيضاً في تطبيقات قضائية في فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ - فقرة ١٤٧٤ - :

أراد إحداث الضرر متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذي أراد إحداث الضرر متعمداً . كانت مسؤوليته متحققة . ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلاً مكشوف البصر يسير في الطريق دون قائد . لم يميز له أن يحتاج بخطأ المضرور لتخفيف مسؤوليته ، ولا يسمع منه في معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار في الطريق دون قائد وهو مكشوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق في إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار . فاتهته فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض . فألقى بنفسه أمام السيارة . فهو وحده الخاطئ على نفسه . ولا يجوز أن يحتاج - هو لو نجح أو ورنه لو مات - بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأً . فإن تعمد الانتحار هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخبي على تعمد الإضرار بنفسه ، فاتهته فرصة خطأ الجاني واتخذته وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إلحاق الضرر بنفسه ، فلا يقضى له تعويض (تقضى حائاً في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجامعة ١٣ رقم ٤٠١ من ٨١٥) . وتدق الحالة لو أن سبباً من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص سبباً في أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا لم يستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب في هذه الحالة ، وبقي خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسؤولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنتفي عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض يخلصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت نية المدعى عليه في إحداث الضرر عن نية المضرور في إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك توازن بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه الممدى هو الذي يبقى قائماً ، وهو الذي يستغرق خطأ المضرور الممدى ، وتحقق مسؤولية المدعى عليه كاملة .

وفي الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر .  
ويجب بادئ الأمر أن نرسم الدائرة التي يعتبر المضرور في نطاقها راضياً  
بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر  
بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده .  
كما يقع ذلك في المباراة . فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن  
يخرج ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر  
ولكنه لا يرضى به . فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى  
أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر  
إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة في العادة من أخطار . فلعب الكرة أو «التنس»  
لا ينطوى عادة على خطر . فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر  
ولكنه لم يرض به . «البوكس» والمصارعة تنطوى عادة على خطر . فمن  
اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط  
يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به . أما صيد الوحوش المفترسة  
فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذي يعني هنا هو أن يكون  
المضرور قد رضى بالضرر . فلا يرتفع إلى حد أن يريده . ولا ينزل إلى  
مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل  
عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ . ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى  
المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية  
خطرة في غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه  
العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيماً يكون مخطئاً حتى لو رضى عميله  
بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى  
عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور هذا الخطأ كما استغفره إرادة  
المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن  
يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولاً في الحالة الأولى  
أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه ، فلبس من المعقول أن يكون  
مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل  
إذن أن رضاء المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو ، فلا يزيل عنه صفة  
الخطأ ولا يستغفره . ويكون المدعى عليه مسئولاً عما أحدثه بخطئه من الضرر



مسئولية كاملة . ولكن قد يكون رضاه المصروع بالضرر يعد خطأ منه . ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسؤولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك . فينظر في كل حالة هل كان المصروع مخطئاً عندما رضى بالضرر (١) . ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سايعة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو في حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة . يكون قد رضى بالضرر وبعد رضاه هذا وخطأ من شأنه أن يخفف من مسؤولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصيح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضاه خطأ يخفف من مسؤولية الطبيب . ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطورها وكان رضاه بناء على إشارة الطبيب . لم يكن هذا الرضا خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسؤولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضا العميل . فإن كان الرضا قد وقع بالرغم من نصيح المهندس كان خطأ يخفف من مسؤوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ وبقيت مسؤولية المهندس كاملة . هذا وفي بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المصروع في رضائه بالضرر حداً من الجسامه يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفي المسؤولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذي يرضى عن بيئة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشيء على صاحب المهربات (٢) . والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض (٣) . وإذا اتفق أهالي بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم في أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته في التعويض

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه « لا ينبغي أن يمتد بذلك الرضا إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية . وفي حدود هذا الجواز يجب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٠) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك ما إذا كان رضاه المصروع بالضرر يعتبر خطأ منه ، فتتبع في هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

(٢) استئناف مختلط في ٢٢ يولية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٣) استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل (١). وهذه الأحوال القليلة هي التي أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه .

### ٥٩٥ - الحالة الثانية - أمر الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر :

إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول . واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذي أحدث الضرر ، وتكون مسؤولية المدعى عليه مسؤولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً في سيرد بها . فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفرع إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماساً للنجاة . فأضر بنفسه . كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب . وتحققت مسؤولية الصديق كاملة (٢) . وكذلك

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ - وأصل أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ المقتوف ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد في حالة نقاذ طرفي الخصوم) - وبني سوييف في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ (لا تعويض في حالة تصارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفضت إلى موته) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن تعليقاً واقعياً بالنسبة إلى كل متضارب ، واقعة يكون هو فيها جانباً على غيره والأخرى يكون محضاً عليه من هذا القبيل . فن يطلب التعويض منهما تطبيقاً على ماله قواعد المسؤولية المدنية . ويقدر التعويض حسب جسامه خطأ عريقه الثاني عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداث الضرر لنفسه أو سببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذي يستحقه أو يرضى طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يربو على تعويضه فأوقفت التماساً بين التعويضين وقضت لخصمه بالزائد . وكل ما تجرئه المحكمة من ذلك يجب زيادته في الحكم ، ولا يكفي في ذلك قول المحكمة من بادي الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه في طلب التعويض على كل حال لأن هذا يخالف لقواعد المسؤولية (نفس جرائ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تنعكس إلى أن المضاربة تطوى على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب معتدياً وحقاً عليه . فتأخذ منه قدر ما اعتدى وتعفى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً في المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة - وهو أقرب ما يكون إلى الماززة - يطوى كما هو ظاهر على مدى رضاء المضرور بالضرر الذي قد يقع عليه .

(٢) أخر في هذا المعنى نفس مس في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ المجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .

يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه . وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب . فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول . فيكون الطبيب مسئولاً عن التعويض كاملاً . وهذا هو شأن الموكل بخطئه اتباعاً لتسوية خاطئة من محاميه . فيستغرق خطأ المحامي خطأ الموكل لأن الخطأ الثاني هو نتيجة الخطأ الأول .

أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور . فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعى عليه . ولا نقف إلا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذي وقع . فلا تتحقق مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة . وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أي احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة . فقد أثبت أن الخطأ المفروض في جانبه - وهو الخطأ في الحراسة - ليس إلا نتيجة خطأ المضرور . واستغرق خطأ العابر خطأ السائق . وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر . فانتفت مسؤولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب وفي وقوع الضرر (١).

**٥٩٦ - الخطأ المشترك** فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر . بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلاً ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) (٢).

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر . إذ لولاه لما وقع هذا الضرر . ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولاً بقدر ما أحدث من ضرر . وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسؤولية تكون بالتساوي بينهما . ويكون المدعى عليه مسئولاً عن نصف الضرر . ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المدعى عليه

(١) وقد جرى القضاء في فرنسا ، لتيسير عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (أنظر في هذا القضاء مازو ٢ فقرة ١٥٢٧ - ٢) .

(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركاً ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مختلفان أحدهما ارتكبه شخص والثاني ارتكبه الآخر (اللو فقرة ٣٤٨ - مازو ٢ فقرة ١٥٠٧)

إلا بنصف الضرر (١) . ولو أن المدعى غير شخصان لا شخص واحد ، وكانا هما والمضرون مسئولين بالتساوي . فإن الضرر يرجع على أي منهما بتثني الضرر لأنه تحمل الثلث الباقي ولأن المدعى عليهما متضامنان في التدين . وهكذا توزع المسؤولية على المدعى عليهم والمضرون على عدد الرؤوس (par part virile) . وفي هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد المسئولين . فقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسئولين المتعددين المضرون نفسه . فيجب أن يدخل في الحساب عند توزيع المسؤولية . فيتحمل نصيباً منها بالتساوي مع المسئولين المتعددين .

على أن القانون المدني الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً . ففرض في المادة ٢١٦ بأنه « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض . أو ألا يحكم بتعويض ما . إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه (٢) » . فالمضرون . طبقاً لهذا النص . لا يتقاضى

---

(١) أنظر تحليلاً آخر يقرب مما قدمناه في مازيو ٣٠، فقرة ١٥١١ . وسرى أن الفضاة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن خطئه قد اشترك في إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان قد ساء مركز المدين » . وقد أقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أو ساء مركز المدين » ، لأنه يحسن لأعمال القواعد العامة في هذه الحالة ولا سيما أن الحالة التي أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه . وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٨ - ص ٥٥١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مدد هذا النص ما يأتي : « تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسؤولية التعاقبية والمسئولية التقديرية على حد سواء . وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض متى أدرك الدائن الدليل على أن الضرر نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأنحس . وكما أن حق الدائن في التعويض سقط عند انفراد إحداث الضرر بغيره ، كذلك لا يكون من حقه أن يتقاضى =

تعويضاً كاملاً ، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية . ونأدر إلى ملاحظة أمرين

تعويضاً كاملاً إذا اشترك بخطئه في إحداث هذا الضرر أو زاه فيه أو سواً مركز الدين . ويتوقف مقدار ما يتحمل من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين في إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من التقنين الأتالي من هذا التزجيج عنصرأ من عناصر التوجيه ، فنصت على أنه : « إذا كان خطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أدائه على الظروف ، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أى من الطرفين في إحداث الضرر » . وليس بممتنع إزاء ذلك أن يرجع نصيب الدائن في إحداث الضرر رجحاناً بغير أمره البحت في قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن للقاضي « ألا يحكم بتعويض ما » . ويراعى أن رضاه المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ لازماً عليه بوصفه خطأ يبرر انتقاس التعويض . فالتقنين الأتالي لا يمتثل من هذا الرضاء سبباً للانتقاس (م ٢٥٤) على تقيس ما يقضى به التقنين السويسرى (م ٤٤٤ فقرة ١) في هذا الشأن . فلا ينفى أن يمتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، وو حدود هذا الجواز غيب . وتعين فكرة الخطأ المشترك على ضبط حدود فكرة تفارها ، هي فكرة « النتيجة الطبيعية » أو « المألوفة » لتجنب المدين . فقد ترتب على هذا التخلل نتائج متفاوت مدى امتداعه ، وبذلك يغير الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدرى لى أياً ينفي الوقوف . ومناطق الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التى يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن في وسع الدائن عقلاً أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيلة المعقولة لحصر هذا الضرر في أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاس من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً . وقد طلى القانون الأتالي تلك الفكرة فنص في المادة ٢٥٤ على وجوب إحقاق التعويض بل وسقوط الحق فيه « إذا انحصر خطأ المضرور في عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجماعة لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٩ - ص ٥٥٠) .

هكذا وقد ورد في المادة ٢١٦ أن القاضي يتقاس مقدار التعويض إذا كان الدائن ينتهه قد زاد في إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يبحر في حادث ، فيهلك من علاج نفسه ، فيزيد في الضرر (استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ - وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٥٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب منزلاً فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهلك صاحب المنزل في إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٢ - وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ - وفي ١٤ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - وفي ٣٠ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٠ ص ١٦٦ - وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ١٢ ص ٢٨ - وفي ٤٨ - وفي أول يونية سنة ١٩٢١ م ٤٧٠ -

في شأن النص : أولها أنه يقول « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض » .  
ومعنى الجواز في الإنفاص احتمال ألا ينقص القاضي من التعويض شيئاً ،  
ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه  
على النحو الذي بيناه . والأمر الثاني أن النص يقول « أو لا يحكم بتعويض ما » ،  
ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور  
في الصور التي أسلفنا ذكرها (١) .

= سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ٣٦١ - وفي ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٤١٣ - وفي ٢٤  
يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ١٨٥ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٥٨ - وفي  
١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ - وفي أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم  
٢٣٩ من ٣٠٣ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير في زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجع على هذا الغير .  
فإذا أحدث شخص كسراً في أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ في جبر الكسر نسب  
عه زيادة الضرر ، والمضرور لا يكون مسئولاً عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول  
تعويضاً عن زيادة الضرر ، والمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ في جبر الكسر  
(استثناء مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٩٦) .

(١) ونحن نعرض في غالب ما قدمناه أن كلا من الخطأ الذي وقع من المسئول والخطأ الذي  
وقع من المضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ  
مفترضاً في جانب أي منهما أو في جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض في جانب المسئول أن يرتكب صبي في رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً  
بشخص آخر . فيرجع المضرور على الأب يطالبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مفترض في جانب  
الأب . فثبت الأب خطأ في جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسؤولية  
كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادئ الأمر أن يثبت أنه لم يخطئ . في رعاية ولده ، فينفي  
بذلك الخطأ المفترض في جانبه ، ويخلص من المسؤولية تائناً . ولكن إذا عجز الأب عن ته  
الخطأ في جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبتته من خطأ المضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ في جانب  
المضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لا سبب واحد : خطأ المضرور الثابت وخطأ الأب  
المفترض . فتطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتهم المسؤولية بين المضرور والأب . ويستطيع  
الأب أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام  
بواجب الرعاية بما ينفي من النية (أنظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدني الجديد) .  
وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة  
يدهس عابراً في الطريق ويثبت خطأ في جانب المضرور . هنا أيضاً خطأ مشترك ، خطأ العابر  
الثابت وخطأ السائق المفترض ، تنقسم المسؤولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص  
من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ في الحراسة ، وهو الخطأ المفترض في جانبه ، لا دخل  
له في إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي .  
ومن ذلك أن يثبت أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطيع دمه فيكون بمثابة القوة =

بقي أن كلا من النصين - المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ - بدع محالاً للقاضي أن يوزع التعويض على المسؤولين المتعددين . ومن بينهم المضرور نفسه ، لا على عدد الرؤوس أى بالتساوى فيما بينهم ، بل على أساس آخر . والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامه الخطأ الذى صدر من كل من المسؤولين . وفى هذا يتمشى القانون المدنى الجديد مع القضاء المصرى (١) . والقضاء

القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم فى الصورة التى نحن بصدها أن السائق لا يستطيع الخلاص من المسؤولية بنفى الخطأ المفترض فى جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل إثبات العكس . وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدما . ومثل الخطأ المفترض فى جانب المضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتصادى دهم عابر كان يسير فى الطريق دون احتياط ، يحرف عن الحادة ويصطدم بحائط فيصاب بصدره . والسائق فى هذا التل هو المضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير فى الطريق دون احتياط نفي الخطأ فى جانبه أن يمتنع بغير مفرس فى جانب السائق ؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض فى جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض فى مصلحة المضرور . والمضرور هنا هو السائق كما قدما ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحة . وينبى على ذلك أن المسئول ، وهو عابر الطريق . لا يستطيع أن يمتنع على السائق بخطأ مفترض ، ويبقى خطأ هو - وهو السير فى الطريق دون احتياط - السبب الوحيد لإحداث الضرر ، وتكون مسؤوليته عن هذا الضرر كاملة .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والمضرور أن تصدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ فى جانب السائق الآخر . فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسئولاً عن هذا الضرر كاملاً ، ولا يستطيع أن يمتنع بغير مفرس فى جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم . أما إذا أصيبت السيارتان معاً بالضرر ، فإن كلا من السائقين يعوم السائق الآخر تعويضاً كاملاً ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يمتنع عليه بغير مفرس فى جانبه . ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض فى جانب سائق يتهازم مع الخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، فيخلص كل منهما من المسؤولية بتاتا ، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة المضرور ، وهذا غير متساغ كما بينا .

(أنظر فى هذا الموضوع ما روى ٢ لفرة ١٥١٥ - فقرة ١٥٣٧) .

(١) وقد وصفت محكمة النقض المدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قسمت به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً ، وصالح هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئاً عن خطأتين ، خطئه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه القامه لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منفرساً

= منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب حادثه . وقع منه (تقضى جنائى ١٠ أبريل سنة ١٩٤٥ الحاماة ٢٧ رقم ٢٠٠ من ٤٨٦) .

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) قد نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذى ترتب على فعله ، فإذا كان المضرور قد أخطأ هو الآخر وساءم في الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند تقدير التعويض الذى يطلب به المضرور ، لا يصح أن يكون سبباً لرفع المسؤولية المدنية عن اشتراكه في حصول الضرر . وإذن فإذا كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على ما قاله من «تسكانو البينات» ، وكان الاستفادة من البينات التى أوردتها أنه إنما قصد أن المحي عليهم وقع من جانبهم ثم أيضاً خطأ في معنى أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أى ضرر بالدعى عليه ، فإن هذا يكون مقتضاه أن يحكم للمحى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم من الجسامة (تقضى جنائى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٣ رقم ٢٠٨ من ٥١٧) . وقضت الدائرة المدنية من محكمة النقض مثل ذلك فقالت إنه وإن كان ما يراه دافى الموضوع من إنبات مساهمة المضرور في الفعل الضار لتوزيع المسؤولية بينه هو ومن اشتراك معه في إحداث الضرر . متعلقاً بفهم الواقع في الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، فإن وصف الأفعال التى وقعت من المضرور في الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكليف الذى تراقبه هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق . سريعاً في سيرة بها هو ما لا يعتبر في نفس الصور اشتراكاً في الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة . وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب تحت تأثير الفرع بحركة ما التماساً للتجاة فأضر بنفسه لا يعتبر كذلك اشتراكاً في خطأ القائد ، فإنه لا شك في أن مساهمة هذا الراكب في الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء مسابقة بها هو مما يجعله مختطفاً كالمناقبين . ثم اشتراكهم في خطئهم ومثولاً عما يحدث من جراء ذلك . والأصل أن الضرر المترتب على فعل مفسون ومهدد يسقط فيه ما يقابل المهدد ويعتبر ما يقابل المفسون ، فينبغى إذن أن يستثنى من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساءم به المضرور في الضرر ، ويعتبر الفعل الذى وقع من الغير (تقضى مدنى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ من ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسؤولية فيما بين المدنيين التضامنين يكون بحسب جسامه الخطأ الذى صدر من كل منهم (استئناف مختلط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ١٧٢) — وأنظر أيضاً : استئناف مختلط في ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٤١٣) . وأحكام القضاء المصرى من وطنى ومختلط كثيرة في هذا الموضوع . أنظر : استئناف في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ من ٦٥ (صدمة تسببت من إهمال في قيادة عربية وثبت أنه كان في إمكان المحي عليه منع الحادثة لولا أنه لم يكن تحت تأثير الخيش) — استئناف وطنى في ٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٣٤ من ١٨٦ (طلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذى يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية بدون ملاحظة فأزاله اتصال بعمر الأعمدة لتقعر الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة السكك الحديدية والذى أطاعته لركبها وحدها خارج المنزل) — استئناف مصر الوطنية في =



٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢٣٥ م ٢١٥ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٩٢ م ٨٠٦ ( إهمال السائق وأخطى عليه ) . وقد يذهب القضاء إذا كان خطأ الضرر دحشاً إلى حد أن يجعل هذا الخطأ يتفرق خطأ المسئول : استئناف وطني في ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ م ١٠٧ شخص أصابه ضرر من مضادة وقتت بإهمال مصالحة السكك الحديدية ، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجعاً خلع باب العربة في أثناء سير القطار ) - استئناف وطني في أول ديسمبر سنة ١٩١٥ السرائح ٣ رقم ٥٢ م ٢٣٣ ( يمر الأهالي من غير المرفاق الذي أعدته المصالحة للجمهور فدم أحدهم القطار فقتله ، واستغرق خطأ الضرر خطأ المسئول ورفض طلب التعويض ) - استئناف مختلط في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٨ ( تلميذ صغير عمره ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده ) - استئناف مختلط في ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٦٦ ( مثل القضية السابقة ) - استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ م ١٦٢ ( خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها في الشارع المزدحم بأحذية دون وقب ) . استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ١٠٤ ( التعويض الذي يعطى لقريب الميت في حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان الميت هو الذي يطالب شخصاً بالتعويض ) أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : استئناف مختلط في ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بوريللي م ٢١٣ رقم ١٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ م ٢٥٥ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٤٢١ م ٤ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ م ٥ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ م ٣٠٦ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢٧٦ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٣١ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ١٣٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٧٦ - وفي ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٨٣ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٣٦٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١١٥ - وفي ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٣٢٢ .

وهناك أحكام قليلة لمحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسيمة الخطأ : استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٣١ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٥٧ .

هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطأان متميزان كل منهما أحدث أثراً مستقلاً عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائ في المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يمنح على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ في أنه جعل قيده يتعد إلى أموال غير مملوكة لمدينه ما دام مال المدين المأخوذ عليه القيسد يكتفي لوفاء المدين في المرتبة التي أدرج فيها الدائن خطأ ( استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٨٤ ) . وكذلك إذا كان خطأ الضرر ليس سبباً مباشراً في إحداث الضرر ، كما إذا علقت عجلات عربة بشرائط الترام عن خطأ من السائق ، وبيناهو يعالج تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا جزم أن سرعته غير عادية فقتل السائق ، فإن سائق الترام وحده هو المسئول لا سائق العربة ( استئناف مختلط في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٥ ) .

الفرنسي (١). ونصوص التقنيات الحديثة (٢). ولا يلجأ القاضي إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ ، فعندئذ يفرض التكافؤ فيها جميعاً ، ويجرى التوزيع بالتساوي على المسؤولين ومنهم المضرور نفسه (٣).

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة في حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولاً ومضروراً في الوقت ذاته . كما إذا تصادمت سيارتان . فأصاب السيارة الأولى ضرر قدره بمبلغ خمسين جنيهاً . وأصاب السيارة الثانية ضرر قدره بمبلغ عشرين جنيهاً . وثبت الخطأ في جانب كل من السائقين . أما الضرر الذي أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنيهاً . يقسم بين السائقين بحسب جسامة الخطأ . فإذا فرض أن القاضي لم يستطع أن يبين هذه الجسامة قسم بالتساوي ، فيكون السائق الثاني مسئولاً قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنيهاً . وأما الضرر الذي أصاب السيارة الثانية وقدره عشرون جنيهاً فإنه يقسم أيضاً بالتساوي بين السائقين . فيكون السائق الأول مسئولاً قبل السائق الثاني بمبلغ عشرة جنيهاً . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثاني إلى السائق الأول في النهاية خمسة عشر جنيهاً (٤) .

(١) أنظر - تحليل القضاء الفرنسي لمازو ٢ فقرة ١٥١٢ .

(٢) التقنين الألماني م ٢٥٤ - التقنين البولوني م ١٥٨ فقرة ٢ - الشروع الفرنسي الإجمالي م ٧٨ .

(٣) وفي هذا ، كما جاء في مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس جسامة الخطأ ، مما يلبس الخطأ اللذي لباساً ذاتياً يقر به من الخطأ الجنائي (أنظر في نقد هذا مازو ٢ فقرة ١٥١٢) . على أن هذا هو الحل السلي العادل ، وهو إذا تعارض مع المطلق المحض ، فإنه يبقى مع ذلك حلاً إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهذا ما يقوله حتى نفس الأستاذين مازو (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٧٢ م ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون اللذي الجديد يجعل الأصل أن تكون القصة فيما بين المسؤولين بالتساوي على عدد الرؤوس ، وسيأتي بيان ذلك (أنظر فقرة ٥٩٩ في الماشي) .

(٤) ويتبين من ذلك أن كلامنا من السائقين يتحمل في النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٢٠ = ٢ = ٣٥) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنيهاً ، تخاض منه حصة عشر جنيهاً ، فيتحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً . والسائق الثاني أصيب بضرر قدره عشرون جنيهاً ، ثم دفع للسائق الأول حصة عشر جنيهاً ، فيكون قد تحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً أيضاً .

## ٣٥ - خطأ الغير

٥٩٧- وضع المدّعة : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ

المضروب . حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما . ثابت أو مفروض .  
ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد في  
إحداث الضرر . فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول . وإن لم يكن  
خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلا يكون أحد مسئولاً .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك في إحداث الضرر مع هذا  
الخطأ فعل الغير . كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسؤولية المدعى  
عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط في فعل المضروب أن يكون فعل الغير  
خطأ له شأن في إحداث الضرر .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأ فليس له أثر في مسؤولية المدعى عليه . وكان  
هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسئوليته كاملة . فلا بد إذن أن يكون فعل  
الغير خطأ . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف  
للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ،  
وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر (١).

== هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفترضاً في جانب كل من السائقين . فقد  
فحصنا أن كلامنا من السائقين في هذه الحالة يعرض السائق الآخر عن الضرر الذي أصابه تمويهاً  
كاملًا . فيكون السائق الأول مسئولاً إزاء السائق الثاني بمبلغ عشرين جنيتهاً ، ويكون السائق  
الثاني مسئولاً إزاء السائق الأول بمبلغ عشرين جنيتهاً ، تقع المقاصة . ويبقى السائق الثاني مسئولاً  
إزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنيتهاً . وكان في الصورة الأخرى مسئولاً بمبلغ خمسة عشر  
جنيتهاً فقط .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك متقولات المتأجر وبضائمه  
جد أن أخذ مشورة أحد المحامين ولبقاً لهذه المشورة ، فانتفت نية الغش وهي ضرورية لوجود  
الجريمة ، فمن ناحية المسؤولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون بناتاً ، وحيث تقوم المسؤولية  
على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامي أي أثر (استئناف مختلط في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م  
٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة في هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامي)  
أثراً في مسؤولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامي قد وقع على المالك  
مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركاً في هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت في القضية  
التي نحن بصددها أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسئوليته في تصرفه نحو الغير ، قد استغرق  
حلاً المحامي .

ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولاً عنهم . فلو كان هذا الغير ولده المدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً ، فلا يكون للخطأ التعذر منه أثر في مسئولية المدعى عليه نحو المضرور (١) . وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً . فتد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يراه . ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئولية المدعى عليه (٢) .

### ٥٩٨ - أثر خطأ الغير في خطأ المدعى عليه - استغراق أحد الخطأين

**لمؤثر :** إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر . فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة . ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة . ولا أثر لخطأ المدعى عليه في هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر - كما بينا في صدد الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاه المضرور لخطأ

---

(١) وينبغي على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يبقى هذا دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التعويض كاملاً . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذي ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولاً عن هذا الغير نحو المضرور .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن الغير ، والخطأ الذي يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه أن يؤثر في مسئولية ، بل يجوز أن يستغرق خطؤه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإذا ترك صاحب السيارة سيارته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولاً عنه ، وارتكب القريب أو الصديق خطأً ، وحدثاً صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٢) يجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المحبوس خطأ المدعى عليه .

المدعى عليه : فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاء الغير .

**٥٩٩- تعدد المسئولين :** فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ،

بقيا قائمين . واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد . السابق ذكرها . على هذه الحالة . فقضت بما يأتي :

« إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى . إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « ١- إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين نصيب يحده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر حصة الخطأ الذى وقع من كل منهم ، فإن استحالة تحديد قسط كل منهم في المسئولية تكون القسمسوية بينهم » . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ فى المشروع التهاى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضى ، وحول الأساس الذى تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض » . وقد روعى فى هذه الإضافة أن يكون الأصل هو المساواة فى المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن للقاضى أن يعدل فى نصيب كل منهم فى التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٨٢ - من ٣٨٩) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون فى إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم ، وهو ما يقضى به التقنين المصرى الحالى فى المادة ٢١١/١٥٠ ، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأكمله . فقياً يتعلق بـ رجوع المضرور على المسئولين عن الفعل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة لتفريق بين المجرس والفاعل الأصلي والمشارك ، على نحو ما فعلتقنين الالتزامات السويسرى . فى المادة ٥ . انظر أيضاً المادتين ١٠٨/٩٩ من التقنينين التونسي والمراكشى والمادة ١٣٠١ من =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسؤولين ، فيجوز إذن للمضروب أن يرجع على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً (١) .

(= التفتين النساوى) . ويلاحظ أن هذه المادة تنص أيضاً على أن تخفى الشيء المسروق لا يلزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاوته . ويؤدى هذا إلى التفريق بين حالتين : ( الأولى ) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون في الوسم تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يكون ثمة مدعى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً ( أنظر المسادتين ١٠٩/١٠٠ من التفتين التونسي والمراكشي والمادة ٨٣٠ من التفتين الألماني ) . ( والثانية ) حالة إمكان تعيين عدل الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تقدمهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يسألون البتة على وجه التضامن ( أنظر المادة ١٣٦ من التفتين البولوني والمادة ١٣٠٢ من التفتين النساوى ) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التي تقدمت الإشارة إليها في التفتين السويسري . أما فيه يتعلق برجوع المسؤولين فيما بينهم عند التضامن ، فيحدد القاضي ما يؤدبه كل منهم معتداً في ذلك بحماية المخطأ الذي وقع منه وتحميل هذا النص في إحداث الضرر وكان صرفاً من شأنه أن يكتفى بمدى مساهمة المسؤول في الضرر الحادث من هؤلاء المسؤولين جميعاً . فإذا استحال تحديد نصيب كل منهم في المسؤولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ المفروض أن الدليل لم يقم على عاوت بعضهم . وقد واجهت تفتين الالتزامات السويسري حالة تعدد المسؤولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسؤولية ، كأن يسأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التامد ، والبعض بخصي نص في القانون . وقد قضى هذا التفتين بإلزام كل منهم في هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً متبداً ، وفرز في المادة ٥٩ فيما يتعلق بخلافة بعضهم بالبعض الآخر أن تبعه الضرر تقع أولاً على عاتق من أحدثه من بين المسؤولين بسبب غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه بخصي نص في القانون دون أن يكون مسئولاً بناء على خطأ وقع منه أو بناء على الترام تماقدي ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بخصي نص خاص .

( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٣ — ص ٢٨٤ ) .

(١) ونحن نفرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضروب ، أن كلامنا المخطأ الذي وقع من المسؤول والمخطأ الذي وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون المخطأ مفترماً في جانب أى منهما أو في جانب كليهما . مثل المخطأ المفترض في جانب المسؤول أب مسئول عن خطأ صدر من ابنه ، وثبت في الوقت ذاته خطأ في جانب الغير كان هو أيضاً السبب في إحداثات الضرر الذي جمل الأب مسئولاً عنه . فيجوز للأب — كما قدمنا في مدد خطأ المضروب — أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينفي الخطأ المفترض في جانبه ، ويغفل من المسؤولية بتأناً . فإذا عجز عن ذلك نفي الخطأ مفترماً في جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت في جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو الضرر تطبيقاً للمادة ١٦٩ المتقدمة الذكر . وإذا دافع الأب التعويض كاملاً للمضروب ، رجع به كله على الغير الذي ثبت المخطأ في جانبه . ولا يستعيب غير أن يمتنع باحتمال المفترض في جانب الأب ، لأن هنا =

ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما . والأصل بحسب النص أن تكون القسمة

= الافتراض لم يقم القانون إلا لصالح الضرور وحده . وإذا استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر — بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قدم بواجب الرعاية كما ينبغي — تتخلص من المسؤولية بتاتاً حتى نحو الضرور ، ولا يستطيع هذا أن يرجع إلا على الغير الذي ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ولا يرجع الغير بشيء على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دهس أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجاء فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدهس العابرة . هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب في المثل السابق ، أن ينفي الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بل أنه أثبت خطأ الغير . فبالنسبة إلى الضرور يكون كل من السائق والغير مسئولاً بالتضامن ، ويستطيع الضرور أن يرجع على أي منهما بالتعويض كاملاً . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذي ثبت خطؤه بكل ما دفعه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقم القانون إلا لصالح الضرور وحده . أما إذا رجع الضرور على الغير ، فلا يرجع هذا على السائق شيء لأنه لم يثبت في جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض في جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يتخلص من المسؤولية بتاتاً نحو الضرور إذا هو أثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، وفي هذه الحالة لا يرجع الضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ، ولا يرجع الغير بشيء على السائق . ويستطيع السائق ، بالإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسؤولية على النحو الذي قدمناه (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ — وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) — وقد يزيد الضرر الذي أحدثته السائق عن الضرر الذي قصد تعاقبه فلا تكون غمة قوة القاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الغلام الذي اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على لإفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تعاقبه ، بل كان بالدهاء أهم منه شأنًا وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائي في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ — وانظر في الفقه والقضاء الفرنسيين في هذه المسألة مازو ٢٠٠٢ ١٦٥٢ — ١٦٥٣ — ٢) .

ومثل الخطأ المفترض في جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر الضرور الغير الذي كان سبباً في دهس السيارة إياه هو الفاعل الأصلي فرجع عليه بالتعويض كاملاً . ولا يستطيع الفاعل الأصلي أن يرجع على السائق — وقد أصبح السائق هنا هو الغير — لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفرض إلا لصلة الضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضاً سيارتان اصطدمتا ، فذهب من جراء هذا الاصطدام عابر في الطريق ، واستطاع الضرور =

بالتساوى على عدد الرؤوس . إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامه بكل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامه الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى خطأ المضرور (١) .

## ٦٠٠ - اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ المضرور فى

إحداث الضرر : وقد يساهم فى إحداث الضرر خطأ أول يثبت فى جانب المدعى عليه . وخطأ ثان يثبت فى جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت فى جانب المضرور . فى هذه الحالة يتحمل المضرور . وقد ثبت خطأ فى جانبه ، ثلث الضرر . ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرور بثلاثي التعويض على المدعى عليه أو على الغير . ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثالث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع

= أن يثبت خطأ فى جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت فى جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملاً لا يستطيع الرجوع بشئ على السائق الآخر - وهو هنا الغير - إذ لا يوجد فى جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطدمتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع المضرور إثبات خطأ فى جانب أى من السائقين . فله الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملاً بمقتضى الخطأ المفترض . ويبنى أن ترى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرور لتحكم ما بين السائقين ، فأيهما اختار يضطره إلى دفع التعويض كاملاً دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملاً على السائق الآخر بنصيبه فى هذا التعويض (مازو ٢ فقرة ١٦٦١) .

(١) ولا بد أن نلاحظ هنا أن التسجل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٩ وقد تقتناها فيما تقدم . فقد كان المشروع النهائى ينص على القسمة تبعاً لجسامه الخطأ ثم عدل شمل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامه الخطأ . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة الخطأ وقت باشتراك شخصين فى الخطأ ، وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقتدار خطئه (تسج جنائى فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٥٩ من ٣٢٥) . وانظر أيضاً فى هذا المسمى : استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤ من ٨٤ - وفى ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٧٥ - وفى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢٣٦ - وفى ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ من ٢٢ .



لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامه خطأ كل من الثلاثة (١) .

## المطلب الثاني

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١- مآلناه : قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً في جانب المضرور وحده وخطأ كل من المدعى عليه والغير ثابت ، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على المضرور لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا ، ورجع المضرور على أى من المشولين بالتعويض كاملاً ، ورجع هذا بنصف التعويض على المشول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من المضرور والغير ثابت ، فالقياس أن يرجع المضرور بشئى التعويض على أى من المدعى عليه أو الغير ، ولكن هذا الحل يجعل الغير يضار بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو اتفق هذا الخطأ ، وفق الخطأ الثابت في جانب كل من المضرور والغير ، لتحول الغير بنصف التعويض لا الثلثين ، لذلك يرجع المضرور في الحالة التي نحن بصدددها على الغير بالنصف ولا يرجع الغير بشئى على المدعى عليه ، وإذا رجع المضرور على المدعى عليه بالنصف ، رجع المدعى عليه بما دفع كاملاً على الغير (أنظر في هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ - ص ٥٤٩) .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والمضرور ثابت ، رجع المضرور ، للأسباب التي قدمناها في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعويض ، ولا يرجع هذا على الغير بشئى . ويجوز أيضاً للمضرور أن يرجع على الغير بالنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، يرجع المضرور بالتعويض كاملاً على الغير ولا يرجع هذا بشئى على المدعى عليه . ويستطيع المضرور كذلك أن يرجع بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه . وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، يرجع المضرور بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ولا يرجع هذا بشئى على الغير . كما يجوز للمضرور أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ المضرور ثابت ، فليس للمضرور أن يرجع إلا بنصف التعويض على أى من المشولين ، لأن خطأ ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المشول الآخر بنصف ما دفع أى بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصبحت إحداها ولم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أى من السائقين الآخرين ، فإن السائق المضرور أن يرجع بالتعويض كاملاً على أى من السائقين الآخرين ، والسائق الذي يدعى أنه يدين المدعى عليه كاملاً يرجع بضمه على السائق الآخر ( أنظر في هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٦٦٤ ) .

أحد هذه الأسباب . ولكن يؤدي هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتعتمد علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه . ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد . إذ تتعاقب الأضرار . فتقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج . فتعتمد علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار) .

## § ١ - تعدد الأسباب

### ٦٠٢ - تعدد الأسباب مع الاستفراق أو دوره استفراق : كثيراً

ما تتعدد الأسباب التي تتدخل في إحداث الضرر . وعند ذلك يعيننا أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً . القريب منها والبعيد . ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر . أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غيره .

ويحسن في هذا المصدد أن نميز بين حالتين في تعدد الأسباب : الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى . والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استفراق .

### ١ - تعدد الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى

### ٦٠٣ - بقاء السبب المستغرق ومدة مرتباً للمسئولية : رأينا في بحث

السبب الأجنبي أنه يجوز أن يكون للضرر سببان . ولكن أحدهما يستغرق الآخر . ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر . فتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في فرضين :

١ - أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد . فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد . وبصريح هو السبب الوحيد الذي تقف عنده . فإذا حدث شخص إحداث ضرر بآخر . وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ

ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير ، كما لو انتهر شخص فرصة سبر غريمه في الطريق غير ماتي بالالما حوله فدهسه بسيارته ، أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها ، اجتمع سببان تدخلا في إحداث الضرر : تعمد الجاني وخطأ المجني عليه أو خطأ الغير . ولا شك في أن تعمد الجاني قد استغرق خطأ المجني عليه أو خطأ الغير ، فالتعمد وحده هو الذي نقف عنده ، ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً وحده مسئولية كاملة .

٢ - أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطيء الطبيب في نصيحة المريض أو المحامي في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العمل : فيخطيء المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذي ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هي التي سافت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . وينتج على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ ، وتصبح هي وحدها السبب الذي نقف عنده ، وتحقق مسؤولية الطبيب أو المحامي أو المهندس وحده مسؤولية كاملة .

## ب - تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ - نظريته : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى ، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هي نظرية تكافؤ الأسباب *la condition sine qua non* أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هي نظرية السبب المنتج *(théorie de la causalité adéquate)* . وقد كان فقهاء الألمان وتبعهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى - يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها - وتبعهم في ذلك أيضاً غيرهم - إلى نظرية السبب المنتج . ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ - نظرية نظرية الأسباب : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون بيرغ

(Von Buri) (١). ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر - مهما كان بعيداً - يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة . وكل واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه . ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر . فلو أن ثملاً سار في عرض الطريق فدهسته سيارة بسرعة . وكان من السير على سائق السيارة أن يتنادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة . كما كان يمكن تنمّل أن يتنادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه . كان هناك سببان في إحداث الضرر : خطأ السائق في السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب في السير في الطريق العام وهو ثمل . ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً . وما كان أيضاً ليقع لو لم يكن المصاب ثملاً . فالسببان متكافئان في إحداث الضرر . ويعتبر كل منهما سبباً فيه . ويكون صاحبة مشيولاً . فتتحقق المسئوليتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعتادة للمحافظة عليها فسرق منه . وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة . كان هنا أيضاً سببان في إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً . وما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة ففسد منه فالسببان متكافئان في إحداث الضرر . وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه .

٦٠٦ - **نظرية السبب المنتج** : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries) (٢) . فالتحاز لها الكثرة من الفقهاء في ألمانيا وفي غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت . فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه بنضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزاً . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب أوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء . وفيها الخطأ المفترض . أسباباً متكافئة . ومن ثم أثر الفقهاء نظرية السبب المنتج . فيستعرضون الأسباب المتعددة التي كان ذا دخل في إحداث

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٤٠ والمراجع المشار إليها .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٤١ والمراجع المشار إليها .

الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates) . ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية . ونحن إنما نريد السببية القانونية . فنبحث أى الأسباب التى يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هي الأسباب التى أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المنتج . وإذا كان كلاهما تدخل في إحداث الضرر . ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر في العادة (١) ، والسبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . أرأيت لو أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرقت منه . وعدا بها السائق في سرعة كبيرة فدمس أحد العابرة . فاجتمع سببان في إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السائق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السائق في أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذى يحدث هذا الضرر في العادة . وأليس خطأ صاحب السيارة في إهماله في المحافظة عليها حتى سرفت منه وإن كان له دخل في إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السائق وحده هو السبب المنتج . أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض . واعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول . وفي مثل المثل الذى دهمته السيارة المسرعة اجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ المثل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة . فهما سببان منتجان . وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان في هذا المثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج . ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هي النظرية الأخرى بالاتباع (٢) .

(١) مارز (Marz) في المحلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

(٢) أنظر في تحول القضاء الفرنسى عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج مارزو ٢ فقرة ١٤٤٢ - ٢ .

## ٦٠٧- الاثر الذي يترتب على تعدد الأسباب التي أدرجت الضرر :

فلذا نحن عرفنا الأسباب التي أحدثت الضرر - سواء امتدنا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب - ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيها قدمناه عند الكلام في السبب الأجنبي أن هذا التعدد له أثر كبير في المسؤولية. ونستعرض في إيجاز الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه في هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فلذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة . كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً في إحداث الضرر . ولا يستطيع الرجوع على أحد . لأن الحادث الذي اشترك مع خطئه في إحداث الضرر كان قوة قاهرة . فيتحمل وحده المسؤولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر في صدره لكلمة بسيطة . وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فأتى المصاب من جراء هذه الكلمة . كان المدعى عليه مسئولاً مسؤولية كاملة عن موت المصاب (١) . ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا برىح عاصف اقتلع شجرة ورمها في عرض الطريق أمام السيارة . فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته . كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل . ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر في المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . كما إذا أسرع سائق السيارة في سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه . كان هناك خطأ مشترك

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا فرس أن المضرور في حادث كان فيه استعداد من قبل (prédisposé) للعرض الذي أصابه بسبب هذا الحادث ، فيمكن أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض ، فيلزم التسبب في الحوادث بتعويض الضرر (استثناء مختلط في أول ديسبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٥) .

(faute commune) كما قدمنا ، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذى سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . كما إذا سار السائق فى سرعة كبيرة واعترضته حفرة فى الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبَت السيارة وأصابَت أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً نحو المضرور عن تعويض كامل . ويرجع بنصف التعويض على الغير الذى أحدث الحفرة خطأ فى الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير . كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعثر بحفرة أحدثها الغير خطأ فى الطريق فنقلت السيارة وأصابَت شخصاً مملاً كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولاً نحو المضرور عن ثلثي التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير .

## ٢٥ - تسلسل النتائج

( أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر )

٦٠٨ - التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغي أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التى عاجلناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها الآن . فى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فتعددت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هى التى تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة . فى إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفى الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تمتاز الحالةان فتعدد الأسباب وتعاقب الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذى قدمناه . ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذى سنسبته فيما يلى .

٦٠٩ - أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد

مثل تقليدى أوردته بوتيه فى الأضرار التى تتعاقب ، وهو مثل فى المسئولية

العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسؤولية التقديرية . تاجر مواش يبيع بقرة . موبوء (١) ، فتعدي مواش المشتري . وتموت وتميت معها سائر المواشي . فلا يمكن المشتري من زراعة أرضه . فيعوز لهال . فلا يستطيع الوفاء بديونه . فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشي وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى بوتييه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشي وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع في مصر ما يقرب من هذا . فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية (٢) بما يأتي : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للتقاضي التي كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر . فالتمت زراعة صاحب البئر . وكان أيضاً متعهداً بأن يروي لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر . ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور الخ الخ . وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

وقد قضت محكمة النقض (٣) كذلك بما يأتي : « ... إذا حمل الحكم

(١) أو يغلطها بمواشي الغير ، وهو عالم أنها موبوءة ، عن إهمال — وذلك حتى ينطبق المثل على المسؤولية التقديرية .

(٢) في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الصرائح ٢ رقم ٥١/٢ من ٢٤٧ — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للعناكم المختلطة ٩ من ٢٩ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للعناكم المختلطة ١٠ من ٤٣ — وفي ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٣٨٧ — وفي ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٦٧ .

(٣) في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ الخاتمة ١٧ رقم ٤٠ من ٧٤ — ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٦ من ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقس — أنظر كذلك محكمة طنطا في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ من ٢٣٥ — استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٥٢ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٩٧ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ من ٢٣ .



مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار . وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة . وتحريم محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار . فتقاضاه صحيح قانوناً (١) .

فهذه أمثلة عملية منتزعة من صميم الحياة المصرية نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين نقف ؟ القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعوض عنه . ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض . ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٦١٠ - **مقياس الضرر المباشر:** يجب باديء الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكناً توقعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً . وقد فصلنا الكلام فيه في المسئولية العقدية . ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يتجسّن توقعه . فما هو إذن مقياس الضرر المباشر ؟ تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني الجديد لهذه المسألة الهامة ، فنقول :

« إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل

---

(١) وقضى أيضاً بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع ، إلى وكيل لها في الريف ، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه مثل التعرية التي أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين في بلده ، ورفض المئذرى قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثلبها ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن تلف الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تلى ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لحطأ أمين النقل (الدكتور سنيان - مرقس في الفصل الثاني من ٥٩) .

## جهد معقول (١)

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) لحظاً الذي أحدثه ويقتضي بعد ذلك أن نعترف ، الذى يعتبر نتيجة طبيعية ، يقول نص : « يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراه لأول مرة فى القانون المدنى الجديد (٢) ، « إن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة الاستئناف

(١) تاريخ النص (الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ فقط — أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام فى المسؤولية القديمة : أنظر آتافقرة ٥٠١) : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا لم يكن التعويض مندراً فى العقد أو نص فى القانون والقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخرى الوفاء به . ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رتبة الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى . وفى البنية التشريعية مجلس النواب استبدلت عبارة « ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن ... » عبارة « ويعتبر صرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن ... » وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تفسر نفاذ معيارا يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لا تقيد بهذا المعيار الذى نعت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدله لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رتبة الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦) .

وقابل هذا النص فى القانون المدنى القديم المذتان ١٧٩/١٢١ من هذا القانون ، وكانا ينصان على ما يأتى : « التضييقات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد (الشرط الجزائى) أو مقدراً نص القانون (الفوائد) تولى القاضى تقديره . ويناط هذا التقدير ، كما هو الشأن فى المسؤولية التقصيرية ، بتحصين قواسمها ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخرى فيه ، سواء أكان أساسه فوات هذا الكسب أم تحقق تلك الخسارة . ويراعى أن عبارة « النتيجة الطبيعية » أمكن فى الدلالة على المقصود من عبارة « النتيجة المباشرة » التى استعملها الفقهاء المصرى (القديم) مقدباً فى ذلك بكثير من التضييقات الأخرى . وقد بلغ من أمر إعراض الفقهاء اللبائى عن اصطلاح « النتيجة المباشرة » أن نص فى المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يعتد بالضرر المباشر على =

المختلطة (١). فلنطبقه على الأمثلة العملية التي قدمناها .

البقرة المربوعة التي نفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فنفتت هذه أيضاً ،  
فكان المشتري يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر في

سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة عتقة بالخلف عن لوفه بالالتزام . وقد عي  
المرور بتعدد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديداً وإفياً ، فنص في المادة ٢٩٩ على أنها  
تصرف إلى الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام  
الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ ، ويحمل المسؤولية عن شق من الضرر إذا  
امتنع عن دفع هذا الشق متى كان في استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيلة .  
ومؤدى هذا أن نصيب الدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل تنوفيه على الوجه  
الذى تضمنت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية للخطأ الذى عن الرءاء بالالتزام .  
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٥٦٤ — س ٥٦٥) .

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادئ المقررة أن من صدر منه خطأ  
لا يجب عليه التمييز إلا في حدود الأضرار التي كان لا يمكن أن ارتكب ضده الخطأ أن  
يتوقاها بجهده . وعدم بذل هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسؤولية . فإذا أبطلت إجراءات  
نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانونى ضد محجور عليه ، لم يجوز لورثة المحجور  
عليه مطالبة الدائن الذى اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثمرات التى انتزعت من مورثهم عن طريق  
الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن قيم المحجور عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم  
بهذه الإجراءات ، أبطلوا في رفع دعوى البطلان ، فشكلوا بمحضهم هذا الضرر من أت يقع  
(استئناف مختلط في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ٤١٣) — كذلك إذا أبطلت إجراءات  
نزع الملكية وحكم مرسى المزارع لعدم إندثار الحائز للعقار من جراء إغفال ذكر اسمه في الشهادة  
العقارية التى أعطيت للدائن الحاجز ، فلنسلم الكتاب ، في الدفاع عن قبه في دعوى تعويض  
ترفع عليه من الحائز عن المدة التى نزع منه فيها العقار ، أن يملك بأن الحائز كان على علم  
بالإجراءات التى اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان  
قد أندر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذى كان لا بد أن ينجم من جراء  
نزع العقار من يده (استئناف مختلط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٥٧) . وقضت  
هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذى يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته  
بكل ما هو ضرورى لتوقى هذا الضرر (استئناف مختلط في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٣٠٤)  
أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ م ١٥٣ — وفى  
فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٢٠٤ — محكمة مصر المختلطة التجارية في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠  
مجازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ م ١٩٢ — محكمة المنصورة المختلطة الجزئية في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٠  
مجازيت ١١ رقم ١١ م ١١ .

ولكن لا يلزم الضرر إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا يمنع عليه بهذا الرضى  
للقول بأنه أخطأ في عدم تلافى الضرر الذى أصابه (استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٢٣  
مجازيت ١٤ رقم ٦ م ٢) .

ذلك إلى الظروف الملائمة . والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة . أما العجز عن الزراعة . وعرق وقاء الديون . وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان في استطاعته أن يعدل إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه . فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي . ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التي تلفت بسبب الحادث الذي وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوقى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تعذر الانتفاع بالبرق الارتوازية . فتلف الزراعة ، والعجز عن رى الأطنان المجاورة ، وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البرق فيها والأرض التي أعدت لوضع الوابور . فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفادها بالالتجاء إلى طريق آخر للرعى (١) .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر في الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله . ونزع اللوحة المعلقة . كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل مجهود معقول (٢) .

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الأطنان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تعفى صاحب الأرض من التزامه برى هذه الأطنان . أما عدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البرق فقد يكون ضرراً مباشراً يعرض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . هذا ويعتبر ضرراً مباشراً يعرض عنه الفرق في تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التي لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أهدم مؤونة ولم يكن في وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التي تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطیع أن تتوقى تلفها ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة ، وما ترتب على هذا فشل من انصراف المشتري وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة الناقصة ، واستعاضت عنها بآلة سالمة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة .

ونرى من ذلك أن المعيار الذي أتى به القانون الجديد يستقيم في الأمثلة التي تقع في الحياة العملية . وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة (١) .

(١) وهو ، بعد ، ليس بالمعيار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب تقول في تقريرها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضي معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيد به هذا المعيار الذي صبت عليه المادة ، فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك » ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٦٦ ) . وهناك أحوال لا ينطبق فيها هذا المعيار ، ومع هذا لا يوجد شك في أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مخطئة في عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن تعويض بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بفوات صفقات كان من المنتظر أن يعقدها مع الشركة التي لم تجدد رخصتها ( استئناف مختلط في ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٨ ) . ويلاحظ هنا أن الضرر الشكوي منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً : الشركة والضرر الذي أصابها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذي أصابه ضرر غير مباشر . ويقع في أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص في غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإقراض الفريق فيفرق معه . فهل مرتكب الخطأ يكون مسؤولاً أيضاً عن غرق المنقذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لحضه ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسؤولاً عن غرق المنقذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد خاطر بمخاطرة غير مألوفة ( لارتفاع النيل ) لإقراض الفريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض ( استئناف مختلط في ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١ ) — وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً في مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإقراض شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعى عليه إنما هو اندفاع طبيعي من الغير أملاؤه قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذي يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتقتل المحكمة في هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة ( Wagner contre Int. R. Co. Corpus Juris. C. 45 p. 431 ) العبارات الآتية : « الخطر يستدعي الإقراض . وصرخة الاستغاثة هي دعوة إلى التجدة . وليس القانون بالذي يتجاهل أعمال العقل هذه عند ما يربط التصرف بنتائجها ، بل هو يعترف بها نتائج مألوفة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر في حدود الأمور الطبيعية التي يغلب وقوعها . والخطأ الذي يتهدد حياة بالخطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب المهدد ، وهو في الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لإقراضه ( Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong done to the imperiled victim; it is wrong done to his rescuer »

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولاً في توقي الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ . ومن ثم يوجد خطأ مشترك . وعلى المضرور أن يتحمل تبعه خطأه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذي ينجم عن الجرح يتحملة المسئول . والضرر غير المباشر الذي ينجم عن إعمال المضرور في علاج نفسه يتحملة المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أي الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثها وهي التي كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما الأضرار غير المباشرة ، وهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر . فنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ . ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها .

## الفرع الثاني

### آثار المسئولية

٦١١- دعوى المسئولية ومزاؤها (التعويض) : إذا توافرت أركان المسئولية - خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما - تحققت المسئولية . وترتب عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه .

== وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل يفقد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد حج من سائقه ، فتنتج عن تدخله ضرر لجمعه ، فإن من يكون مسئولاً عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ في تدخله في الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنساني ( استئناف وطني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ من ١٧٥ ) .

وبلاحظ أننا نبحث هنا في علاقة المسئول عن العنصر بالغير الذي يتقدم لإنشاء ضرر . أما في علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، والغير فضول بالنسبة إليه ، وله طبعاً لقواعد الفسخ أن يرجع عنه بما يصيبه من ضرر (أنظر في موضوع من يتقدم للاعتماد survenant مارو ٢ ذو ١٠٠٠ هـ هو بوجه الضرر إلى أن القدر قد يقدم للاعتماد عن دعوى الفسخ - ١٠٠٠ هـ ) .

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسؤولية . ودر جزاؤها .  
ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها . فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم  
المسئول بمسئوليته . ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .  
فستعرض فى مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسؤولية (٢) ، جزاء المسؤولية  
(التعويض) .

## المبحث الأول

### دعوى المسؤولية

(Action en responsabilité)

٦١٢ - مسائل أربع : نستعرض المسائل الأربع الآتية : (١) طرفى  
الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفع ، ويدخل فى ذلك تقادم  
دعوى المسؤولية (٣) الإثبات : عبؤه ومسائله (٤) الحكم الصادر فى دعوى  
المسؤولية وطرق الطعن فيه . وبخاصة طريق النقض .

### الطلب الأول

#### طرفا الدعوى

#### § ١ - المدعى

٦١٣ - المدعى هو المضرور : المدعى فى دعوى المسؤولية هو المضرور .  
وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض .  
والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل  
مضرور . فالمدعى إذن هو المضرور ، وكل مضرور ، ولا أحد غير المضرور .  
١- غير المضرور ليس له حق فى التعويض :

٦١٤ - الزم التعويضه لغيره فغيره : بديسى أن غير المضرور لا

يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه (١). ولكن يقع كثير أوبخاصة في الأضرار الأدبية - أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطالب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب . لأن الجهة الخيرية التي عينها المضرور لم يصبها أى ضرر . فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض عنه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية . فلا شيء . يتبع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر . ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم (٢) .

فإذا وقع ذلك . بقي أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور في أن ينزل لما عن التعويض الذي قضى له به ؟ إذا طقنا القواعد العامة . رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته في النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه . يعد فيه بهية حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة . مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا يتعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من القانون المدني الجديد) (٣) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه إذا خالف أحد المزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذي حرم زراعة أكثر من الثلث قطعاً ، وجنى محصول القطن المزروع فيها زاد على الثلث وباعه ، فليس لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن هذا القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذي أصاب المصلحة العامة يكفي فيه العقاب الجنائي وتوقيع الزائد من القطن (استئناف أسبوط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٢/٢ ص ٧٧٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة المعنى عليه بالتعويض على أساس أنه طاله لهيبه مقابل الضرر الذي لحقه من الجريمة ، فالثمة . وإن كان قد ذكر أنه مستد بعد الحكم للنزاع بالمبلغ الذي يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك تقضى له به ، وهو وشأنه فيه بعد الحكم . وهذا منها لا شائبة فيه (نقض جنائي في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ - وفي ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥ .

(٣) أنظر عكس ذلك مازو ٢ فقرة ١٨٦٨ من ٦٦٦ .



ب - حق التعويض للمضرور :

٦١٥- **المضرور أو نائبه** : المضرور هو الشخص الذي يحنى له أن يطالب بالتعويض . ويقوم نائبه مقامه في ذلك .

ونائب المضرور : إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم . وإذا كان مفلساً ، هو السنديك . وإذا كان وقفاً ، هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فنائبه هو الوكيل .

٦١٦- **تلف المضرور** : ينشأ الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والدائن والحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى - تلف مال أو إصابة في الجسم أعجزت عن العمل - فإن الحق في التعويض ، وقد ثبت للمضرور . ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حياً (١) . ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) . ويستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى الحال له (٣) .

(١) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه في الميراث (حكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ ص ٣١٩٢ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٠ ص ٥١ - محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعوى : الدعوى التي يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذي أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلاً .

(٢) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إما يكون نائباً عن مدينه (م ٢٣٦ من القانون المدنى المجدد) . فالأولى أن يقال إن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(٣) وقبل أن نترك التعويض عن الضرر المادى نعرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادى الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فأتى في الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً أم ضرور ؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر ممدى يصيب الميت ؟ لا شك في ذلك ، فقد فقد الميت آت من شيء ممدى يملكه وهو الحياة . ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن أذرت ضرر لا فر منه وهو قدر محتم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت في ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتاً غير طبعى ، وهذا =

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدنى - فإنه لا ينتقل إلى خالف المضرور إلا إذا تحدد بقتضى اتفاق ما بين المضرور والمُسْرِئ أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تقدم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام في الضرر الأدنى. كيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير - فإذا تحدد التعويض عن الضرر الأدنى على هذا النحو - بالتراضي أو بالتقاضي - أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث - وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) - وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير (٢) .

== ضرر لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقل الموت وهو لا يمت ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر ! ذلك أن الميت قد أحاق به الضرر ، لا قبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فلو ارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك للدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت (أنظر في هذه المسألة ما زو ٢٠٠٢ فقرة ١٩١٢ - وانظر : نقض جرائد في ١٤ مارس سنة ١٩٥٤ - المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٦٥٥ وتعليق الدكتور سليمان مرفس في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .  
(١) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدنى حتى متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالب به باسم مدينه . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاضية بمي المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدنى . أما وقد ظهرت في صورة اتفاق مع المثل أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مادياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث ، ويتمز للدائن استماله .  
(٢) ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يعمل حقه إلى الغير ، لأن الحق لا يكون عندئذ قابلاً للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المثل هذه الحوالة ، فإن هذا القول يترتب اتفاقاً بين المثل والمضرور على مبدأ المثولية ومبلغ التعويض ، فيصبح الحق في التعويض قابلاً للتحويل ، وتصح الحوالة في هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدنى الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته ، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات في الحال ، فلم تتح له فرصة الاتفاق مع المثل ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدنى الميت بعد موته في ذكره ، فيعمد شخص إلى النيل من سمعته ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأن الأموات لا يتضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يصح في هذه الحالة اتفاق حق في التعويض من الميت إلى ورثته ، لا لأن التعويض عن الضرر الأدنى لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضاً لأن الضرر متلف عن الميت بعد موته . ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء النيل من سمعة مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلاً بتعويض عن الضرر الأدنى الذي أصابه . ويجب في اعتبار هذا الضرر الأدنى التوفيق بين واجب يلزمان من نال من سمعة الميت : واجبه كدورخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح خدمة للعلم والتاريخ ، وواجبه في ألا ينال من سمعة الأحياء من جراء قدحه في سيرة الأموات دون مبرر (أنظر في هذه المسألة ما زو ٢٠٠٢ فقرة ١٩٢٢ - فقرة ١٩٢٩) .

ح - حق التعويض لكل مضرور :

**٦١٧ - تعدد المضرورين :** قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد .

ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر .  
مثل ذلك حريق تئشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التي أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر . ولكن الضرر الذي أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذي أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ . ويكون للمقتول قريب يعوله . فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ، وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله . والضرر الثاني ليس إلا انعكاساً للضرر الأول . فهو نتيجة له (١) . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار في الحالة السابقة كان كل ضرر منها مستقلاً عن الأضرار الأخرى ، أما في الحالة التي نحن بصددھا فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالسبب .

وفي الحالتين - سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً - يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضي تعويض كل منهم على حدة .

**٦١٨ - الضرر الذي يصيب الجماعة :** وقد يقع الضرر على جماعة ، لا على

فرد أو على أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور في هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هي الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثاني هو ارتداد الضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) . أنظر في التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقس المشار إليه في عدة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

أو شخص معنى عام . وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره متتمياً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلاً النقابة - نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى - فكل عضو فى هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون ، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول . كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . والنقابة كشخص معنوى مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك مالا ولها نشاط مهني وتتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة . فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنوى هى المضرور . كما إذا ارتكب أحد مديري النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفى هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول . ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول (١) . والنقابة كشخص معنوى يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن ذا فى ذلك مصلحة شخصية . فنقابة للعمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون ، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل الصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان العمال داخلين فى عضويتها ،

(١) أنظر فى القضاء الفرنسى ونضارب أحكامه ما زو ٢ فقرة ١٨٧٨ - ٧ إلى فقرة ١٨٧٨ - ١٤ - وانظر فى تدخل النقابات أمام القضاء الإدارى ذلين فى الرقابة القضائية على الإدارة - القاهرة سنة ١٩٤٩ - ص ١١٤ - ص ١١٥ .

فإنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب . بل أيضاً على مصلحة جماعية شخصية . وكلتا المصلحتين تبرر رجوعها على صاحب العمل . وقيام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التي تنتسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمديريات والبلديات والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة . إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهى المصالح العامة هى أيضاً المصالح الشخصية للدولة ، والمديرية تمثل مجموع سكان المديرية فمصالح هذا المجموع هى المصالح العامة والمصالح الشخصية للمديرية فى وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة (١) .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمى إلى مهنة أو طائفة معينة . كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والمعلمين والخبراء والمحضرين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجرى فلسطين . وجب أن نلاحظ أن هذه الجماعة مصالح عامة . فهل الاعتداء على هذه المصالح يجزى للجماعة ، وهى لا تتمتع بشخصية معنوية ، أن ترجع بالتعويض على المعتدى ؟ تقضى القواعد العامة بعدم جواز ذلك ، فالجماعة ما دامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضى ولا أن تقاضى ، ولا يمكن أن تترتب مسئولية فى ذمتها ولا أن يكون لها حق فى الرجوع على المسئول . وأكثر ما يكون الاعتداء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتداء على مصالحها الأدبية ، كالقذف فى حقها أو الخط من كرامتها أو تلويث سمعتها . فى مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلاً للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأى فرد من أفراد الجماعة - أو أى شخص معنوى داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادى الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض . وبشرط فى ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل

---

(١) وكذلك الحال فى النقابات الإجبارية ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهندسين ، وفى هذه النقابات التى تجس إجبارياً جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للنقابة بمصالح العامة للمهنة

أيضاً أن هذا الاعتداء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصي (١).

## ٢٨- المدعى عليه

### ٦١٩- المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذى

يكون مدعى عليه فى دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولاً عن فعله الشخصى أو مسئولاً عن غيره أو مسئولاً عن الشيء الذى فى حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأسمى . وما على المسئول الذى رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأسمى ضامناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً . كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً . فالستدليك . وإذا كان وقفاً ، فالناظر . وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل . ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولاً الوارث . ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هى المسئولة بعد موت المسئول . وأى وارث يمثل التركة فى دعوى المسئولية . وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملاً من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشتري أن ينى بجميع الديون التى تثبت فى ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض للمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه فى هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة فى القانون المدنى الجديد (٢) . ولا يتصور هنا

(١) أنظر فى موضوع الضرر الذى يصيب الجماعة ما زو ٢ فقرة ١٨٧٨ - فقرة ١٨٩٩ .  
(٢) ويلاحظ أن المشتري فى هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للمدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للمدين . أما إذا لم تسكن هناك حوالة للمدين ، فلا يكون مشتري المتجر ملزماً به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (أنظر فى هذا المعنى : استثنائات مختلطة فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ - ٢٢٣ - وفى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٠ - بلانيول وريبير وإسبان ١ فقرة ٦٦٠) .

أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك في المدعى . فإنه إذا كان للدائن أن يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين (١) . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل . فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولاً عن التعويض (٢) .

**٦٢٠ - تعدد المسئولين :** سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من القانون المدني الحديدي قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار . كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم من التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسئولية (٣) . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً . كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقتص الدعوى عليه دون غيره . وبطالبه بالتعويض كاملاً (٤) . ذلك أن

(١) ويجوز للدائن في دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بدعوى غير النابذة . ولكن الرجوع في هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يحجر تحت يد مدين المسئول حيز ما للمدين لدى الغير .  
(٢) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٣) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم في المادتين ٢١١/١٥٠ كما قدمنا : نقض جنائي في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ من ٦٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٥ من ١١١ - وفي ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ من ٧٠ - استئناف وضي في ٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ من ٤٦٦ ( يصح عدم إدخال التابع في الدعوى مع المتبوع إذا هما مسئولان بالتضامن ) - استئناف مختلط في ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٣ من ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ من ٤١ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ١١١ - وفي ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ من ١٢٧ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٨٩ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٣٢٨ .

وبقول دي هلتس (Respons. No. 55) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر في الحكم لأن مصدره القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغلقت المحكمة ذكر التضامن ، فلطالب التعويض أن يطلب منها تفسير الحكم والرجوع على التضامن لمنع الإشكال في التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ من ٣٤٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا كان المدعى المدني رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على التهم هو وآخر ، فقضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالقوية وبالتعويض المدني ، وبرأت التهم الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يستأنف المدعى المدني واستأنفت النيابة ، فنقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة التهم الآخر المحكوم عليهم ابتداءً وأيدت الحكم الابتدائي =

التضامن يقتضى بأن كلا منهم يكون مسئولاً قبل الضرر عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الذى كان يتحمل عبءه بحسب جسيمة الخطأ أو بالتساوى على النحو الذى قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعديين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ - أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . فلا تكون وريثة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هى المسئولة . أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحدٌ منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذى صدر منه الخطأ .

٢ - أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر . فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم فى وقت واحد . فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم . فإن الباقى لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر . بل لا يكونون مسئولين أصلاً لأنهم لم يخلطوا ضرراً ما .

٣ - أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون . أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد (١) .

---

== على الطاعن ، ولما لم تكن الدعوى المدنية قد استوفيت أمامها بالنسبة إلى هذا الآخر لم يكن هناك سبيل للحكم عليه بشيء من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشئ عن ارتكابه الجريمة ولو ارتكبها مع غيره (نقض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٩ رقم ٧٠ من ٨٤) .

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتراكا فيه ، ويفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك مخفى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئولية بالتضامن مع البارق على مقدار ما أخفى (نقض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ من ٧٠ - وانظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازت ٢٠ رقم ١٨٨ من ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الثانية هى أن أحد المتهمين ضرب الحجي عليه فأصاب موضعاً من جسمه ، والآخر ضربه فأصاب موضعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن فى التعويض أن تبين فى حكمها الأساس الذى تقيمه عليه بما يتفق والأصول المرسومة له فى القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشئ من الفعلين مجتمعين لا عن الضربة الواحدة التى أحدثتها هو . فإذا هى لم تفعل ولم تتعرض للتضامن ، فإن ==



فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة . وجاء لئس آحر فسرق من السيارة بعض الآلات . لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر (١).

هذه هى الشروط الثلاثة التى يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين فى المسئولية . ومتى توافرت تحقق التضامن . دون حاجة لأى أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة . فأثر لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل . فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (٢) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة (٣) ، فقد يكون أحدها عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامته

= المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهم إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليها فقط (نقض جنائى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ١٧ رقم ١٠٣ من ٢٥٤) .

(١) تنجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين فى إحداثه : استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ من ٣٢٤ - وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٥٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٥ - محكمة الإسكندرية السككية المختلطة فى : فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ من ٢٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لترتب التضامن أن تتعدد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وفى غير مسبوق باتفاق على الاعتداء على المجنى عليه ، وأن يقترب كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه (نقض جنائى فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ من ٨١٩ - وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ من ١٠٩ - وفى ١١ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٠٤ من ٤٠٠) .

(٣) فقد يكون أحدهما الخطأين سرقة والآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشترى المسروق مع علمه بمحققة الأمر فيه يكون مسئولاً مع السارق بطريق التضامن عن تمويش الضرر الذى أصاب المجنى عليه ، ولو أنه يعد فى القانون مغنياً سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (نقض جنائى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٢٤ من ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ من ٤٩) . وقد يكون أحدهما الخطأين جنابة قتل والخطأ

الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فهم من حكم عليه بجنابة القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض جنائى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ من ٩ - استئناف مصر الرصنية فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ =

الأخطاء فيقترون خطأ جسيم بخطأ يسير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ البسيط متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم . وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً . أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل . مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل . ففي هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين . فأحدهما عمد والآخر غير عمد . وأحدهما جنائي والآخر مدني . وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء

== رقم ٢٣١٩/٢ (٤٩٠). وقضت محكمة استئناف مصر الرملية بأنه إذا تضابقت إرادة اثنين فأكثر على إيذاء إنسان والتعدي عليه ، فضربه بعمس وقتله بعمس ، كانوا مسئولين بالتضامن لورثته عن التعويض ، ومساوون في المسؤولية المدنية ولو لم يتعادلا في المسؤولية الجنائية ، وكان فعل أحدهما جنابة وفعل الباقين جنحة (١٥ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ من ١١٤٦) . وقد لا يعرف من من المسئولين هو الذي قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن التهمين وفريقهما حضروا مأكل الحادثة ، وكان كل منهم عاقداً للنية على الاعتداء على فريق المحمي عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من التهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه المحمي عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التي أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للدعي بالمحق المدعى عن وفاة المحمي عليه لا عاقفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولاً من الوجهة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدثت الإصابة التي نشأ الموت عنها (قض جنائي في ٢ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ من ٣٣ - أنظر أيضاً قض جنائي في ١٧ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ من ٤١) . وقد يثير أحد التهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذي أدان جنائياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة برأت التهم من تهمة الشروع في القتل إلا أنها أقرت قضاءها بإلزامه بالتعويض مع التهم الآخر الذي أدان بهذه الجريمة على ما قاله من أنه كان معه وقد سله السلاح الذي استعمل في الجريمة ، ثم اتحد الاثنان في فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التحرش بالدعي المدني ومعاكسته ، وتطور الموقف إلى صدور أفعال منها استفزت الدعي وكان لها بعض الأثر في وقوع الجريمة التي ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترق بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذي وقعت جرعة الشروع في القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثنين على التحرش رشية في الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من حلقات الاتفاق الجنائي العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التي صدرت عنهما وكان من نتائجها استفزاز الدعي كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالي في الضرر الذي حاق بالدعي - وهذه الظروف مجتمعة تجعل الاثنين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (قض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١٢٧ - من ١٣٠).

كلها ثابتة أو مفترضة : أو يكون بعضها ثابتاً وبعض مفترضاً . فائق السيارة ومالكه مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مفترض .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد عامل في مع صاحب مصنع أن يعمل في مصنعه مدة معينة ، وأخل بتمهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدي . وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً . فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري غير عمد . كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال . فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيري غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (in solidum) (١) . ويلاحظ في المثالين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً ، فالمسئولية المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ،

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبب الوكيل في عقد يخطئه في إخلال الموكل بتمهده كان مسئولاً معه بالتضامن (استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٢٤ ص ٨٢) . والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية مجتمعة لا مسئولية بالتضامن . لاجتماع خطأ عقدي مع خطأ تقصيري . وسرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد فسرت من جهة أخرى في بعض أحكامها بأن المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية عمدة لا مسئولية بالتضامن ، وهذا أيضاً غير صحيح .

وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن غيره غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة . فالمسؤولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن انصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى . استفاد منه الباقيون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يربط في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين . وإذا نكل أحد المسئولين المتضامين عن الدين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقي المسئولين . وإذا اقتصر الدائن على توجيه الدين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامين فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين المتضامين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المسئولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامين الدائن فإن باقي المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في التضامن . ونجتزئ هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هي خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين (١).

(١) وفي القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقهاء والقضاء في فرنسا إلى فكرة المسئولية المجتمعة (in solidum) فأقاموها بين المسئولين المتعددين (أنظر مازو فقرة ١٩٦١ - ١٩٦٩) . أما في القانون المدني المصري ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك تكون المسئولية بين المسئولين المتعددين في مصر مسئولية بالتضامن لا مسئولية مجتمعة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأنه إذا تعدد المسئولون بالمسئولية بينهم لا تكون مسئولية تضامنية (solidarité) =

والمسئولية بالتضامن إنما تكون في علاقة الضرور بالمسؤولين المتعددين (١).  
أما فيما بين المسؤولين المتعددين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامته  
الخطأ على الرأي السائد في القضاء كما أسسنا الذكر (٢).

== بل مسئولية مجتمعة (in solidum): استئناف مختلط في ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩: ٢١٣  
— وفي ٢٣ يولية سنة ١٩٣٧ م ٩: ٢٧٦ (وجعلت المحكمة هنا القسمة فيما بين  
المسؤولين بالتساوي لا بحسب جسامته الخطأ) — وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠: ١٠٤٣  
وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذي ورد في القانون المدني المصري .  
ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا رفع الضرور الدعوى على أحد من المسؤولين ، حاز له أن يطالبه  
بالتعويض كاملاً ، ولهذا أن يرجع على سائر المسؤولين كل بقدر نصيبه : استئناف مختلط في  
١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١: ٣٥٣ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٢٠: ٢١٠  
٢١٠: ٢٠٢ — وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩: ١٧٤ — وفي ٨ يولية سنة  
١٩٣٨ م ٥٠: ٣٥٦ .

والصحيح أن المسئولية في مصر ، في حالة تعدد المسؤولين ، تكون مسئولية تضامنية بعميم  
خصائصها المتقدمة الذكر ، لا مجرد مسئولية مجتمعة . وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة  
من أحكام القضاء . ومن الأمثلة على تضامن المسؤولين عند تعدد أسباب أضرار بناء مملوك في الشبوع ،  
فيكون الملاك في الشبوع مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي أحدثته أضرار البناء (استئناف  
مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥: ١١١ — وفي ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٥  
١١٤ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨: ٢٠٨) ، وباتمو العقار يملكون غشاً أن  
العقار خال من الرهون ، فيكونون مسؤولين بالتضامن (استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة  
١٩٠٥ م ١٧: ٢٧٧) ، والمشركون في اغتصاب شيء واحد يكونون مسؤولين بالتضامن  
(استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥: ٢٠٧) . وكذلك التواطئون على  
القتل (استئناف مختلط في ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨: ١٨٩ — وفي ٤ فبراير سنة  
١٩٣٠ م ٤٢: ٢٤٩) ، وكذلك المشتركون في مناصرة غير مشروعة (استئناف مختلط  
في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣: ٣٥) .

(١) فإذا كان الخطأ مشتركاً ، بأن كان الضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث  
الضرر ، وكان المسؤول شخصين متضامنين ، فقد قدمنا أن الضرور يرجع بثلاث التعويض على  
المسؤولين بالتضامن ، ولا يجوز لذين أن يدفعوا هذا التضامن بأن الضرور مشول هو أيضاً  
عن الضرر ، فيكون متضامناً معها ، ويكون رجوعه عليها هو رجوع المشول المتضامن على  
سائر المسؤولين المتضامنين ، فلا يرجع على كل مشول إلا بقدر نصيبه . ذلك أنه يرجع أيهما  
كضرور لا كمشول متضامن .

(٢) استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦: ١٨٩ — وفي ٢٨ يناير  
سنة ١٩٢٦ م ٣٨: ٢٠٨ (شريكان في مبنى على الشيوخ ، فانهما الذي وأما الذي الذي  
بالضرر ، واعتبر الشريكان مسؤولين بالتضامن قبل الضرور ، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض  
بنسبة نصيب كل منهما في المبنى) . وتقضى بعض الأحكام ، دون مجرد ، بعدم رجوع المشول

## ٦٢١- المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعية : إذا لم تكن الجماعة متمتعة

بشخصية معنوية . فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ في هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء . ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة .

وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قدمنا أن يرتكب الشخص المعنوي خطأ ترتب عليه المسؤولية المدنية (١) . والمسئول الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي ذاته لا مثلوله ، فهؤلاء إنما هم أعضاؤه (organes) التي يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي يرتكبه في الوقت ذاته مثلوله بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في المسؤولية . فإذا دفع الشخص المعنوي التعويض رجع على مثليه بكل ما دفع دون أن يخضع نصيباً عن مسؤوليته . لأنه لا مسؤولية عليه في العلاقة فيما بينه وبين مثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ في الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوي . وقد يكون ممثل الشخص المعنوي تابعاً له كمدير الشركة . فتتحقق مسؤولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية . وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعاً .

---

== الذي دفع التعويض كاملاً على المسئول معه ، إذا كان الخطأ الذي ارتكبه معاً يعتبر غشاً ، كما إذا اشترك في السب (استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٥٠) ، أو في السرقة (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٥٩) ، أو في التقليد الزور (استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٣٢٢) .

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ من ١٠ - وقد تتحقق المسؤولية الجنائية في أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوي عقوبة جنائية ، كاللحل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تنجم على الذراع أو على الرأس في حالة الشخص الضعيف ، فهي كذلك لا تقام على المثلين في حالة الشخص المعنوي (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

## المطلب الثاني

### الطلبات والدفع

#### § ١ - طلبات المدعى

**٦٢٢ - سبب الدعوى :** مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التي يستند إليها المدعى في تأييد طلباته . فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : إخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً . وسواء كان الخطأ التقصيرى خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى في دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة . فيستند أولاً إلى الخطأ التقصيرى ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدي . ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيرى ولكن بدعيه مفترضاً ، فهو في ذلك كله قد غير الوسائل التي يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه .

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيرى الثابت ، فلا يعد طلباً جديداً في الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيرى مفترض أو إلى خطأ عقدي . بل يجوز للقاضي ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيرى الثابت ، أن يبنى حكمه على خطأ تقصيرى مفترض أو على خطأ عقدي دون أن يكون بذلك قد قضى في شيء لم تطابه الخصوم . فهو إنما استند إلى وسائل لم تبدها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التي يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترتب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدي مثلاً ، فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الشيء المقضى ، ولا يستطيع المدعى أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيرى . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، لم يتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هي شروط الشيء المقضى .

أما القضاء الفرنسي فقد جرى على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من الخطأ . فيترك الخطأ التصري مثلًا إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ ، لم يحز الحكم قوة الشيء المقضي بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسؤولية من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذي رفضت الدعوى على أساسه من قبل . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن السبب - وهو هنا نوع الخطأ - قد تغير (٢) .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، في دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسي (٣) .

(١) فالقضاء ورجال العمل في فرنسا يمتنعون المدعى أن يستند في دعواه إلى جميع النصوص الخاصة بالمسئولة - عقابية كانت أو تصيرية - حتى لا تفلت منه فرصة في كسب دعواه مهما كان رأى القاضي في الوسيلة التي يجب أن تستند إليها الدعوى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي قده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ - فقرة ٢١٠١)

(٢) أنظر في الموضوع مازو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة في هذا المعنى . فنقضت بأنه إذا كانت الدعويان العمومية والمدنية قد رفعتا على التهم على أساس أنه قارب نفسه فسلض الضرب الذي وقع على عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيها على هذا الأساس طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها شك في أن التهم ضرب المجني عليه ، ولم تر أنه قارب أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبأنه لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعاً لذلك رفضت الدعوى المدنية المقامة على أنه أركب بنفسه الفصل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن في وسعها أن تحكم بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون المدني باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل غيره ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تغير السبب الذي تقام عليه الدعوى أمامها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به (تقضى جنائي في أول فبراير سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠) .

وقضت أيضاً بأنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التصيرية ، والمدعى لم يجنب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقبية - إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية - فليس للمحكمة أن تبرع من عندها بتغيير الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (تقضى جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .



وأما قضاؤها في الدائرة المدنية ، فعلى العكس من ذلك يتفق مع الرأى الآخر الذى قدمناه ، وهو الرأى الذى أرجحه . فقد قصت بأن الراجح في باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضروب حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه . لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens). فهما كانت طبيعة المسؤولية التى بحثها القاضى في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى في حكمه . فإن هذا الحكم يمنع المضروب من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه . لأنه يعتبر دالاً بالافتضاء على انتفاء مسؤولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أياً كانت المسؤولية التى أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وأن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر

== وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رُفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى تارف الجرمية المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهم الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى قصير في الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم بينك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى قصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجرمية ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين أحدهما أو كليهما لرفضها فردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحكمة المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية (نقض جنائى في ٣١ ماي سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

وانظر تليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ المند الثانى ، وهو مارس المبدأ الذى أخذ به الحكم ، ويؤيد الرأى الصحيح الذى أخذنا به — وانظر تليقاً آخر له في هذا المثل في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ — ص ٢٣٨ .

فلحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (١).

## ٦٢٣- موضوع الدعوى : وموضوع دعوى المسؤولية هو التعويض

عن الضرر ، يقدره المدعى كما يرى . ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعى وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم . ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض في الاستئناف لأول مرة . لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون في ذلك تعديل في الطلبات . فقد يطلب المدعى مبلغاً من النقود فيحكم القاضي بإيراد مرتب . وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم له القاضي بتعويض نقدي . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذي يطلبه لأول مرة في الاستئناف فيجوز ذلك . كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية . ثم طلب في الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالى .

## ٢٤- دفع المدعى عليه (التقادم)

## ٦٢٤- الدفع : يدفع المدعى عليه دعوى المسؤولية بأحد أمرين : إما

أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية . وإما بأن يعترف بأن المسؤولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام . وفى كل ذلك تطبق القواعد العامة (٢) .

(١) تقضى مدنى • بتاريخ ١٩٣٩ بمجموعة عمر رقم ١٥٤ - من ٤٥٢ .

(٢) وقد فسرنا أن هناك دعواً خاصاً بدعوى المسؤولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية ، عن جريمة رفعت الدعوى الجنائية في شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقب من سير الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وهذا ما يعبر عنه الفرنسيون بقولهم : *le criminel tient le civil en état* وقد وردت هذه القاعدة في قانون الإجراءات الجنائية الجديد في المادة ٢٦٥ على الوجه الآتى : « إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً . الدعوى الجنائية القائمة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها . عني أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنوت التهم بفصل في الدعوى المدنية » .

٦٢٥- **الرفع بالتقادم:** والذي يعنينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم.

فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلا هاما في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى المسؤولية تتقادم كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نورده فيما يلي :

نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني الجديد على ما بأن :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ».

« ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة . وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة . فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (١) » .

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى:

« ١٥ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته . ونسبة الدعوى كدات في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أصول . فإن هذه المدة هي التي تسقط بها الدعوى المدنية » . وفي لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة مطولة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة بين سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط ادعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأيت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث السنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح النص النهائي الذي أقرته اللجنة هو: « ١٥ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أصول » ، بأن هذه المدة هي التي تسقط بها دعوى التعويض . ٢ - وتسقط دعوى التعويض في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » . وأصبح رقم المادة ١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته مبدأ لريان التقادم القصير وهو ثلاث سنوات وأنه لا بد من تعيين ميار مادي ثابت مدأ السقوط فالمائل القضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، ثم انهم قد يشعرون إشكالات لا ينبغي . ولكن اللجنة تبين أن كل التشريعات الحديثة أخذت =

وفقاً لهذا النص يجب التمييز ما إذا كانت دعوى المسؤولية قد قامت على خطأ مدني لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .  
في الحالة الأولى تسقط دعوى المسؤولية بالتقادم بأقصر المدين الآتين :  
(١) ثلاث سنوات تنقضي من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه . فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويترتب على ذلك أنه قد يمضي على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تقادم دعوى

---

بعداً المدة القصيرة للتقادم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذي أحدثه .  
وبعداً المدة الطويلة في حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة « الشخص المسئول عنه » بعبارة « الشخص الذي أحدثه » ، والاستعاضة عن التي الأخير من الفقرة الأولى بعبارة « فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية » ، وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التي يوقف فيها سريان تقادم الدعوى العمومية بالتحقيق أو بالحكمة لأن إبطال النص الوارد في المشروع يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم باقضاء المدة التي تسقط بها الدعوى العمومية دون ضرر إلى وقت سريان تقادمها ، والأسبب أن تبقى الدعوى المدنية ماثلة الحق في رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو السير فيها فأما ، والأصح كذلك أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعويين في الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة تجاوز الخمس عشرة سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد في القانون الجديد وأصبح رقبها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٩ - ٤٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « استحدثت المشروع في نطاق المسؤولية التقصيرية تقادماً قصيراً . ففضي بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع باقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعوى البطالة .  
وبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ووقف على شخص من أحده . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحده ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط على أي الفروض باقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع . وإذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تقادم باقضاء مدة أطول ، سرت هذه المدة في شأن تقادم الدعوى المدنية . فلو حدث الضرر مثلاً من جراء جنائية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تقادم إلا باقضاء تلك المدة وهي أطول .  
وقد فرض في هذا كله أن يبدأ سريان المدة لا يختلف في المسالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا باقضاء خمس عشرة سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص عمده ، وهي مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصفاً القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس قبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٠) .

المسئولة ويكفي لتحقيق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور . كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحدا الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة تفرضها خمس سنوات ، ففي هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذي علم فيه الموصى له بالوصية . ويتم أنتلف الموصى به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم . أى بانقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر . وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلاً ، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول . أى بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه في اليوم الذى وقع فيه - وهذا ما يحدث غالباً - فإن دعوى المسئولية تتقادم في هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة تفرضها ثلاث عشرة سنة . ففي هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التى تسري من وقت علم المضرور بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه . إذ أن هذه المدة الأخيرة عند الحساب تكون ست عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن القانون المدنى الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين في دعوى بطلان العقد . وسرى أنه سار على هذا النهج في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة . وما نحن نراه يسير على النهج ذاته في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبنى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أَرادها المتعاقدان فترتبت في ذمة الملتزم بإرادته هو . وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفي الحالة الثانية . إذا نشأت دعوى المسؤولية عن جريمة كجناية قتل مثلاً .  
تتقدم الدعوى في الأصل بأقصر المدتين السابقين الذكر . فإذا فرضنا أن  
أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ،  
نتج عن ذلك موقف شاذ . إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت قبل أن  
تتقدم الدعوى الجنائية . فإن هذه لا تتقدم إلا بعشر سنوات (م ١٥  
من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط  
الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية . وإيقاع عقوبة جنائية على الجاني  
دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، هو الذي  
أراد القانون أن يتفاداه . ففصل على أن الدعوى المدنية لا تتقدم في هذه الحالة .  
بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن  
المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتدعى منه التعويض المدني . أما  
العكس فتدعوا : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية . وصورة  
ذلك في المثل الذي نحن بصدده ألا تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات  
من وقوع الجناية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقدم . ومع ذلك  
تبقى الدعوى المدنية إذ لم ينقض إلا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية  
وبالجاني ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية (١) . ومثل ذلك أيضاً  
أن تكون الجريمة التي نشأت عنها دعوى المسؤولية مخالفة ببساطة تنقضي الدعوى  
الجنائية فيها بمضي ستة من يوم وقوعها (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية  
الجديد) . فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ  
لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات (٢) .

٦٦٦ - سريانه النهي الجدير من حيث المصداق : ويتبين مما قدمناه أن

(١) نفس مدق في أول مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢ .

(٢) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالاً في القانون المدني  
الجديد (حيث قصرت مدة التقدم) منه في القانون المدني القديم . وهذا هو الذي جعل للشرع  
في القانون المدني الجديد بنس صراحة على الاحتياط التي نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى  
المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذي قدمناه . أما القانون المدني القديم فلم يضمن  
نصاً في هذه المسألة ، ولم يكن في حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسؤولية فيه كانت لا تسقط  
إلا بخمس عشرة سنة ، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

القانون المدنى الجديد قد عدل مدة التقادم فى دعوى المسئولية . فجعلها فى أكثر الأحوال أقصر من المدة التى كان القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى يقررها النص الجديد . فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » .

ونفرض . لتطبيق هذا النص . أن مسئولية مدنية قد تحققت فى ظل القانون المدنى القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجنى عليه بالسرقة وبانسارقي قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٤١ ، فإن دعوى المسئولية فى هذا الفرض إذا طُبق عليها القانون القديم لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة . فتتقادم فى سنة ١٩٥٦ . أما إذا طُبق عليها القانون الجديد ، فإنها تتقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) . فتتقادم فى سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذى ينطبق لأن التقادم بمقتضاه أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٣٦ . فإن القانون القديم هو الذى ينطبق لأن الباقي من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهى المدة التى يقررها النص الجديد . فتتقادم الدعوى فى هذا الفرض فى سنة ١٩٥١ .

### المطلب الثالث

#### الاثبات

#### ١٥ - عبء الإثبات

٦٢٧- عبء إثبات الضرر: المدعى هو الذى يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو فى دعوى المسؤولية خطوة قبل أن يثبت

ذلك (١).

وفي أحوال استثنائية يعنى القانون المدعى من إثبات الضرر :

١ - إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع . فقد نصت المادة ٢٢٨ من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير . قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . وأكثر ما يقع ذلك فى المسؤولية العقدية . ولكن يمكن تصوره فى المسؤولية التقصيرية . إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما . فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ - وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك فى الشرط الجزائى . فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . وبغلب أن يقع هذا أيضاً فى المسؤولية العقدية ، ولكنه يتصور فى المسؤولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيرى ووضعاً شرطاً جزائياً . والمنصوص عند وجود شرط جزائى أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر . وقد قدر المتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيمته . وهذه قرينة قانونية تعنى الدائن من إثبات الضرر ، ولكنها تقبل لإثبات العكس ، فللمدين أن يثبت ، كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

**٦٢٨ - عبء إثبات الخطأ :** الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى . والخطأ كما قدمنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة . تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيثبت

(١) استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوربلي م ١٧٩ رقم ٩ - وفى ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٩٣ - وفى ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ م ١٩٩ - قانون محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحسامة ٢٠ رقم ١١٩ م ٤٥٥ . وتطبيق الدكتور سليمان مرفس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ م ٣٤٨ - م ٣٤٩ .



هذا واقعة أخرى تقوم هي أيضاً قرينة قضائية على انشاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى . ، هكذا . إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزعم عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه . فيكون هو العاجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذى عجز . فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها . وإن كان الذى عجز هو المدعى عليه . فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ (١) .

هذا هو الأصل . ولكن ترد استثناءات كثيرة . يعنى فيها المدعى من إثبات الخطأ . بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك (٢) . وسرى فيما يلى تفصيلاً وافياً لهذه القرائن القانونية . وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يعهد إليه بالرقاية على غيره . وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ التبوع وخطأ حارس الأشياء . وبملاحظة بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعنى المدعى من إثبات وجود الحالة القانونية التى يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ (٣) . وسرى ذلك في مكانه .

**٦٢٩- عبء إثبات السببية:** الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى . فهو الذى يثبت ، ليس فحسب الضرر الذى وقع عليه والخطأ الذى وقع من غريمه ، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ولكن هذه القاعدة محدودة الأهمية . فهى تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون ، وطوراً يضيق مجال تطبيقها العملى حتى تصبح للقاعدة هي الاستثناء .

أما الاستثناءات التى يقررها القانون فهى قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس ، يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن

(١) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٤١ — محكمة الإسكندرية المختلطة فى ١٠ يونية سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٦ م ١٦٠ .

(٢) أنظر فى أن الخطأ للفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو فى الواقع من الأثر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ — فقرة ١٦٩٢ .

(٣) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أُلحِقها القانون لمصلحة المدعى دون غيره . وقد رأينا أن عبء الدعى لا يجوز له أن ينفع بهذه القرائن ، فلا يصح أن يتمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

حيث يقيم قرائن الخطأ . فهو إذا أقام قرينة على الخطأ - قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس - يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ . وتقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هي أيضاً لإثبات العكس على السببية . ويستطيع أن يبنى كلا من القرينتين . فيبنى قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر في الرقابة . ويبنى قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو لم يقتصر أى بإثبات السبب الأجنبي . وحارس الحيوان أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهي غير قابلة لإثبات العكس . وقرينة السببية وهي قابلة للنفي بإثبات السبب الأجنبي . فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة . رأينا أن مجال تطبيقها في العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ ، ففي أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة ، تقوم في ذهن القاضي شبهة قوية في أن الخطأ هو الذي أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا ببنى هذه العلاقة . ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي . وهذا هو السبب الذي دعا المشرع في القانون المدني الجديد إلى أن يورد الحكم في هذه المسألة على هذا الوضع العملي . فنص في المادة ١٦٥ على ما يأتي : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه . كخادب مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . ونص في المادة ٢١٥ على ما يأتي : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » . ففي النصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين لا على عاتق الدائن (١) .

(١) أظن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة الخطأ يكون بإثبات السبب الأجنبي . وفي هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذي يفتنى بإثبات السبب الأجنبي هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

## ٢٤ - وسائل الإثبات

٦٣٠ - **الإثبات بجميع الطرق** . أدلت الأدركان الثلاثة - الخطأ والضرر والسببية - التي يجب إثباتها لتحقيق المسؤولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البيئة والقرائن (١) . وفي أكثر الأحوال يثبت الضرر والسببية بالمعاينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقارير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائي وبالانتقال إلى محل الواقعة ومعاينته وبالقرائن القضائية والقانونية (٢) .

## ٦٣١ - ارتباط القاضى المرنى بالحكم الجنائى - تأصيل القاعدة :

ومن أهم القرائن القانونية التي تسيطر على وسائل الإثبات في دعوى المسؤولية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخامه بطلب الحكم عليها متضامتين بأن يدفعاً إلى المدعية مبلغاً تعويضاً لها عن عبث الغادم بعل كانت في علة استودعها السيد هي دعوى متضمنة في الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة النسوبة إلى الغادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأي طريق من طرق الإثبات ، فهي دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الغادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة في حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوبا فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلة بالبيئة والقرائن (قض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ من ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية في حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبيئة والقرائن كما في حالة التعهد بعدم فعل شئ . عندما يرغب التعهد له إثبات مخالفة التعهد ليعتد . وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة كما بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش في غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المشتتة كما هي الحال في جريمة خيانة الأمانة (قض مدنى في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ من ٧٥) .

(٢) استئناف مخطوط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ من ١٠٥ - وفي ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ من ١٦١ - وفي ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٦ - وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٩٥ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ من ٧٢ - وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٥ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٣٤ .

حجة الحكم الجنائي. ذلك أن دعوى المسؤولية يطلب أن تقوم على جريمة جنائية، فتخضع لاختصاص القضاء الجنائي واختصاص القضاء المدني. فإذا صدر حكم نهائي في الجريمة من محكمة جنائية. فإلى أي حد يصح هذا الحكم حجة في الدعوى المدنية، وهل يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي؟ تجيب المادة ٤٠٦ من القانون المدني الجديد بما يأتي :

« لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي في الوقائع التي لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التي فصل فيها دون ضرورة » . وفي لجنة المراجعة رأى أن النص يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسي، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتي : « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » . وأصبح رد المادة ٤١٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٤ - ٤٢٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ١ - استلهم المشروع في صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٩٥٦ من التقنين الهولندي والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتغالي . ويراعى أن حجة الأحكام الجنائية تنطوي على معنى الإطلاق من ناحية ومعنى الاختصاص من ناحية أخرى . (١) فهي مطلقة بمعنى أن ما تنص به المحاكم الجنائية يكون ملزماً للكافة ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من التقنين تحقّق الجنائيات المختلطة على إلزام المحكمة المدنية بالفعل طبقاً لقضاهيها نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها . ونصت المادة نفسها في فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل في الدعوى المدنية المترتبة على وقوع الجريمة إذا رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك ابتداءً لتعارض الأحكام . (ب) وهي قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يتجاوز ما قضى به فعلاً ، أي ما فصل فيه الحكم . ففي حالة عدم الحكم بمقوبة - وهي الحالة التي تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي - يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوي حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائي . فالواقع أن عدم القضاء بالمقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو باللعو الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضي بالتعويض لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل في الواقعة التي أدت إليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضي الجنائي قد انتصر على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم تنتج ترفيع عقوبة شأناً ، فللقاضي المدني والحال منه أن يقضى بالتعويض دون أن :-

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائي يربط القضاء المدني بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة في الخصوم والموضوع والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا في قضاء مدنى يقيد قضاء مدنياً أو في قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً ، فلن يكون هذا لوحدة في الخصوم فالخصوم في الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم في الدعوى المدنية . ولا لوحدة في الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض . ولا لوحدة في السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التعويض خطأ مدنى . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشيء المقضى تقتضى الوحدة في هؤلاء جميعاً !

يعارض بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها بوصفها قصيراً مدنياً وقم من التهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا يبنى قيام التقصير المدنى أيضاً ، إذ ليسمة تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسؤولية جنائية ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية ، وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية في المسؤولية الجنائية وحدها وتقتضى بالبراءة ولأن الواقعة التي فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز مثلاً أن يبرأ التهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضى الجنائى على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى التهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضى المدنى أن يقضى بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ — فالشرط الجوهرى في انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو انحصار القاضى الجنائى على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها . ويتحقق هذا الشرط متى قضى المحكم بأن الواقعة لم بعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضى أسس البراءة على نفي نسبة الواقعة إلى التهم ، كان لحكمه قوة الشيء المقضى به بشأن هذه النسبة ، وتبين على القاضى المدنى أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما تقتضى به المادة ١٩ من تقنين تحقيق الجنايات المختلط . ويستفاد هذا الحكم صناعاً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه « إذا برى التهم وألزم بتعويضات المدعى المدنى بالحق المدنى يكون تقدير المصاريف الواجب المحكم بها عليه للمدعى بالحق المدنى المذكور حسب القواعد المقررة في المواد المدنية والتجارية » . وقد استند القضاء بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام التهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنح النصورة في ٥ مايو سنة ١٩٣٨ جريدة المحاكم المختلطة ٤ يونية سنة ١٩٣٨ واستئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩٠٨ م ١٨٧) ورغم تقادم الدعوى العمومية (استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩٨ م ٤٨٨) . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ — ص ٤٢٧).

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائي للقضاء المدني إلى اعتبارين . أحدهما قانوني والآخر عملي . أما الاعتبار القانوني فهو أن الحكم الجنائي له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم في الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائي . والاعتبار العملي هو أنه من غير المستطاع ، والمائل الجنائية من النظام العام . أن يقول القاضي الجنائي شيئاً فينقضه القاضي المدني . فإذا صدر حكم جنائي بإدانة منهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام . وقد آمنت الناس على أثر الحكم الجنائي بأن المتهم مجرم أو بريء . أن يأتي القاضي المدني فيقول إن المتهم بريء فلا يحكم عليه بالتعويض في الوقت الذي قال فيه القاضي الجنائي إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض بعد أن قال القاضي الجنائي إنه بريء (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائي الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية في الدعوى التي يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التي صدر فيها ، وذلك منسأ من أن يجيء الحكم المدني على خلاف الحكم الجنائي . فإنه ليس من القبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ، ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضي بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، في حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية — لتعلقها بأرواح الناس وحررياتهم وأعراضهم — بضمانات أكفل يظاها الحقيقة ، مما يقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة على ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأي حال إعادة النظر في موضوعه . وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للدعي بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها، وبنت قضاءها على رفض ما دافع به المدعى عليه الدعوى متسكاً بملكيت إياها السناداً إلى عقد يبيع سبق الحكم جنائياً بإدانته في تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون ( قضى مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٠ من ٢٤٥ ) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضي الفصل في تلك الدعوى يانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذي تناوله هذا الحكم . وليست العلة في ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين ، وإنما هي في الواقع توافر الضمانات المختلفة التي قررها الشارع في الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة لا ارتباطها بالأرواح والحريات — الأمر الذي تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضي أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أي وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه ، حتى لا يجر ذلك إلى تشكيكها من جانب أية جهة من جهات القضاء . وإذا كان تعداد النماذج على الوجه التالي =

فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك . هو الذى أُملي القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى . هى التى تنتقل الآن إليها .

### ٦٣٢- شروط القاعدة - الشرط الأول أنه يكون المطلوب تغييره هو

**القضاء المدنى** : فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة . فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشئ المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى الخصوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب . والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

### ٦٣٣- الشرط الثانى أنه يكون الحكم الذى يتغيره القاضى المدنى هو

**حكم جنائى** : ويمكن أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية ، حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكماً تحضيرياً

== هو العلة فى تقرير حجية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية التعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإفراض بالربا لا تختلف فى هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها هى أيضاً - فالحكم الجنائى الصادر على التهم فى جريمة الاعتداء على الإفراض بفوائد ربوية يكون ملزماً للقاضى المدنى فيما أثبتته خاصاً بعمر الفائدة التى حصل الإفراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسى فى هذه الجريمة ، وإذا أسيح للقاضى المدنى إعادة النظر فيه لجاز أن يؤدى ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدنى والجنائى فى أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أثبتته عن وقائع الإفراض لتعلق هذه الوقائع أيضاً - مهما كان عددها - بالإدانة ، إذ القانون لم ينس على عدد المرات التى تكون الاعتداء ، الأمر الذى يستوجب أن تكون التهمة التى حصل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة فى الجريمة حتى وقت المحاكمة (هش مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ من ١٩٤ - وتطبيق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ من ١٩٦ - من ١٩٨) .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتا دون ضرر دعوى تزوير هذا العقد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً بالحق المدنى فى وجه الممسك بالعقد الذى كان متبهاً فى الدعوى الجنائية (هش مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ من ٤٦٦) .

ولا حكماً تعديداً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائي ولا قراراً صادراً من النيابة العامة (١). ويجب أن يكون حكماً نهائياً .

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده . إذ لو كان الحكم المدني سابقاً ، واستقرت به حقوق الطرفين ، لم يجوز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده . ولا يعقل - كما نقول محكمة النقض - أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (٢) .

والذي يقع كذا أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني ، وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية تقف من سير

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار المفظ الذي تصدره النيابة العامة أيا كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مها كانت صوره أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يتم عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر القضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يجوز بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (قضى مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الطعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له ، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين يحكم نهائي مدني لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعده . وعلى ذلك إذا فصل في نزاع من محكمة مدنية ، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهم الحكم ، فإنها لا تكون أخطأت في تطبيق القانون ، ولو كان قد صدر بين المسكين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (قضى مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشتري والبائع بصورة البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشتري ، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه . ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة المتهم بتزوير ورقة الضد ، طعن المشتري في حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي ، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض التماس . وبعد الحكم الجنائي - ولكن قبل الحكم في التماس - باع المشتري العقار لثالث آخر ، ورفع المشتري الثاني يمد الحكم في التماس دعواه على البائع بملكية البيع ، قضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد ) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن عمل التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مفيدة بما قضى به الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل في الدعوى المدنية لا بعد ذلك . فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا عمل لذلك ، إذ لا يقل أن ينسب على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره ( قضى مدني في ١١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥ )



الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية . وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائي النهائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني : لئلا يتقيد هذا به (١) . ذلك ما تقتضيه قاعدة وقف الدعوى المدنية . وهذه هي المحكمة المتوخاة منها . ويندر أن يسبق الحكم للمدني الحكم الجنائي . ولا يتحقق هذا إلا إذا رفعت الدعوى لمدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية . وفي هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدني بالحكم الجنائي كما تقدمنا .

ينبغي أن تواجه فرصاً هو الذي يقع في الغالب من الأحوال : أن ترفع لدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية . بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية . في هذا الفرض يصدر حكم واحد في الدعويين . فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائي للحكم المدني . وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقيد الحكم المدني بالحكم الجنائي . والقاضي الجنائي الذي يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه ، وبهذا يتحقق الانسجام فعلاً ما بين الجزء الجنائي والجزء المدني . فإذا وقع أن تعارضاً . كان هذا سبباً للطعن بالنقض في الحكم (٢) .

## ٦٣٤- الشرط الثالث أنه يكون ما يتقيد به القاضي المدني هو الوقائع

التي فصل فيها الحكم الجنائي ولله فصل فيها ضرورياً . وهذا هو أدق الشروط .

(١) ويجوز للخصم الذي يتمسك بالحكم الجنائي ليقيد به القاضي المدني أن يقدم صورة منه ، بل يجوز للقاضي المدني من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه الصورة حتى يعرف مدى الحكم الذي يجب عليه أن يتقيد به ، لأن هذا يعتبر من النظام العام ، للقاضي أن يراعيه ولو لم تطلبه الخصومة .

(٢) فإذا صدر حكم واحد في الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤنف الحكم في شقه المدني دون الجنائي ، لم يجوز أن يقال إن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني ، فيجب أن يتقيد هذا بذلك . ذلك أن الاستئناف يعيد القضية في جميع نواحيها إلى ما كانت عليه في الحدود التي استؤنف فيها الحكم ، ومنع الاستئناف من أن يصبح الحكم نهائياً ، حتى في الشق الذي لم يستأنف ، من حيث المسالحي التي خللت عن طريق الاستئناف باقية في الخصومة (مازرو ٢ بقرة ١٧٥٩) . فللعلمة الاستئناف إذن أن تلغي الحكم بالتعويض لصلطة التهم التي حكم ناصحى الابتدائي بإدائته وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كما لها أن تحكم بالتعويض على ناصحى عليه الذي حكم الابتدائي بالإدانة وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها .

الثلاثة . لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره . فالقاضي المدني يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي . فهذان أمران تنولى مجتمعا .

(أولاً) يتقيد القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانوني الذي اتبعه القاضي الجنائي لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . مثل ذلك أن يحكم القاضي الجنائي ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التي أثبت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه . فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجنائي ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدني وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدني هنا مفروض في جانب السائق ، وبحكم القاضي المدني بتعويض على السائق الذي حكم القاضي الجنائي ببراءته (١) .

(ثانياً) ولا يتقيد القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي . فليس يتقيد القاضي المدني بجميع الوقائع التي عرض لها الحكم الجنائي وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائي . بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائي ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضي المدني مهما أكدته القاضي الجنائي . ونستعرض الفرضين المحتملين في تطبيق هذه القاعدة الدقيقة : (١) أن يصدر حكم جنائي بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ - حكم جنائي بالإدانة (٢) : إذا سكنت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم

(١) أنظر في أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يمنع من المسؤولية المدنية : قض جنائي في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الضرائع ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ - وفي ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(٢) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائي دون الأثر المدني .

بتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا  
 اختصاص . فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه .  
 وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى  
 لركن الضرر فأنكر وقوعه . لم يتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع  
 الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال  
 القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه . ولم يكن وقوع  
 الضرر ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى .  
 وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض  
 ما بين الحكمين الجنائى والمدنى . لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن  
 الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع .  
 وبني على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام . تقيد القاضى المدنى بالحكم  
 الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع . لأن هذا يتعارض مع الحكم  
 الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على  
 أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر  
 فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم  
 فى مخالفة من مخالفات المرور . لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله  
 أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع . لأنه حتى لو صح هذا لم يهدم الحكم  
 الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى . كالحكم بالإدانة فى  
 تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع . ولا يستطيع أن ينفي  
 فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه  
 الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى . تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا  
 أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع  
 على شخص تحت سلطة المتهم . فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير  
 ذلك ، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض . فإن كون المجنى عليه هو  
 زوج المتهمة أعنى هذه من عقوبة السرقة . وكون المجنى عليها هى تحت سلطة  
 المتهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من  
 حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هذا لا يؤثر عادة فى الحكم  
 الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر . كأن أثبت القاضى الجنائى

أن الضرر هو عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً . تقيد القاضي المدني بذلك . لأن العاهة المستديمة قلبت الجنحة إلى جنابة . ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ . فإن الحكم الجنائي القاضي بالإدانة يكون قد عرض له حتماً وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فبتقيد القاضي المدني في حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائي هو في الوقت ذاته خطأ مدني . ولا عكس (١) . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائي - وهو في الوقت ذاته خطأ مدني - كما قدمنا - لا يحدث صرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع في الجرائم . فلا تتحقق المسؤولية المدنية . فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائي ليس بخطأ مدني . بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية لم يقيم وهو ركن الضرر . كذلك يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي من الخطأ . لا في ركنه المادي فحسب . بل أيضاً في ركنه المعنوي . فإذا قال الحكم الجنائي إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه . لم يميز للقاضي المدني أن ينفي المسؤولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامته الخطأ في الحكم الجنائي فيقيد القاضي المدني أو لا يقيده وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامه ضرورية لقيام الحكم الجنائي أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضي المدني يتقيد بهذا الوصف . لأن وصف الخطأ الجنائي بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر في وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر في الحكم الجنائي وإن أثر في تقدير العقوبة . فلا يتقيد به القاضي المدني ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتماً الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائي أنه موجود أو غير موجود ، فكأنما أثبت أن الضرر قائم أو غير قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائي أثبت

(١) لذلك لا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي الذي ينفي الخطأ الجنائي - تنص بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي ، وسيأتي ذكر ذلك .

قيام الضرر أو عدم قيامه ، وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائي أن هناك سبباً أجنبياً يبنى رابطة السببية ، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم . ولكن إذا جعل الحكم الجنائي هذا السبب الأجنبي داعياً لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير . وفقاً للقواعد التي مر ذكرها . لم يكن القاضي المدني مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي .

٢ - حكم جنائي بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم . فإن ما ورد في هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه بقيد القاضي المدني . ولا يتقيد هذا بما ورد في الحكم الجنائي إذا لم يكن ضرورياً . فإذا أثبت الحكم القاضي بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم . فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضي المدني . إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائي وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً في قيامه . لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضي المدني بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذي أفضى إلى الموت . فإذا أنكر الحكم الجنائي القاضي بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضي المدني .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، في أحد ركنيه المادى أو المعنوى أو في ركنيه جميعاً ، فإن القاضي المدني يتقيد بما ورد من ذلك في الحكم الجنائي . فإذا قال هذا الحكم إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففي كل هذه الأحوال يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن في حالة دفاع شرعى (١) . ولكن ذلك لا يعنى أن القاضي المدني

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائي بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول ، فلا يستطيع القاضي المدني أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هنا وتختلف الحالة التي نحن بصددها عن حالة ما إذا رفعت الدعوى الجزائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، وفي بالبراءة في الدعوى الجنائية وبرفض طلب الدعوى في الدعوى =

يتقيد بالتكييف الجنائي للوقائع التي أثبتتها المحكمة الجنائية . فقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنى يجعله مسئولاً عن القتل بإحمال وهى الجريمة التى نسبت إليه . ولكن القاضى المدنى قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض فى جانبه (١).

== المدنية ، واستؤنف الحكم المدنى دون الحكم الجنائى . فقد قدما (أنظر آخراً فقرة ٦٣٣ فى الهامش) أنه لا يجوز أن يقال إن الحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدنى فيجب أن يتقيد هذا بذلك . فالمحكم المدنى فى هذه الحالة قد يقضى بالتعويض مع قيام حكم البراءة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأنه إذا رفع المدعى المدنى دعواه مباشرة ضد التهم لعدفه إياه علناً طالباً عقابه والحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة ببراءة التهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعى ولم تستأنف النيابة ، فأيد الحكم استئنافياً ، فطعن بطريق النقض ، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، ف قضى على التهم بالتعويض عملاً بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، فلا يصح على التهم أن ينمى على المحكمة أنها فى حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أقامت التعويض على تينك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولاً) لأن المحكمة لها بل عليها أن تترس لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل فى طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم لأى سبب من الأسباب بالقوة على التهم ما دامت الدعوى المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام المحاكم الجنائية ، وما دام المدعى بالحق المدنى قد استمر فى السير فى دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن الحكم فى الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه) ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدنى (قديم) ولو كان الفعل الضار يكون جريمة بمقتضى قانون العقوبات (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المجاعة ٢٧ رقم ٢١٣ من ٥١٦).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشى خارج عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار تزعم ملكيتها فملاحق يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن التهم قدم صورة عقد ملكية مسجل ألخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة فى تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة أن الأرض التى أقيم فيها السور من المنافع العامة فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق ويتعين إذن تبرئة التهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل فى مسألة ملكية شخص معين مالدات لتلك الأرض — إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما ينبهه حكم البراءة هذا ويصح الاحتجاج به فى صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم تكن فى يوم المخالفة من المنافع العامة . وإذن فإذا ما طرح النزاع فى شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لغير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون منافساً لحكم البراءة فى المخالفة (نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ من ٥١٣).

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة وجود السببية أو انعدامها .  
فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتنتج الأحكام التي قدمناها في هذه  
المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائي وجود سبب آخني بنى السببية فكأنما  
أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبي من شأنه أن  
يفسح التعويض ما بين المستول والمصاب والغير . فهنا التقسيم ، وهو غير  
ضروري لقيام الحكم الجنائي . لا يقيد انقاض الماثي .

### المطلب الرابع

### الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

#### وطرق الطعن فيه ( وبخاصة طريق الطعن بالنقض )

٦٣٥- مسائله : بعد أن حددنا طرق الخصومة في دعوى المسؤولية ،  
والطلبات التي يتقدم بها المدعى والدفع التي يرد بها المدعى عليه الدعوى ،  
وكيف تثبت هذه الطلبات والدفع ، بقي أن نتكلم في الحكم الذي يصدر في

= وقض محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائي الصادر بترثة التهم بإخفاء أشياء  
مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض للجاني عليه في جريمة السرقة ، إذا كان الجاني قد  
رأسكب في القليل إهمالاً بقبوله بضاعة من شخص لا يتجر في مثلها دون أن يستعلم منه عن  
مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ س ١٥٦ - أنظر  
أيضاً في أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يقيد القضاء المدني في الحكم بالتعويض : استئناف مختلط  
في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ س ٣٦٧ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ س ٢٢٩) .  
هنا وإذا تماثل الخطأ الجنائي والخطأ المدني ، كانت تترتبة التهم من الخطأ الجنائي مانعة من  
الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائي براءة مالك العقار  
الذي كان متهماً بأنه مع علمه بوجود خلل في البلكون لم يرعه وتسبب بذلك في إصابة أحد  
السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح  
البلكون فعلاً ، فإن هذا الحكم يمنع القاضي المدني من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ  
الذي قضى باتفائه (قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ س ٢٥ -  
وبلاحظ أن الحكم الجنائي هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لا بد من إثباته في جانب  
مالك البناء وفقاً للقانون المدني القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض في جانب  
مالك البناء وفقاً للقادة ١٧٧ من القانون المدني الجديد) .

أنظر في هذا الموضوع تعليق الدكتور سايهان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ س

الدعوى لئرى : (١) ما هى طرق الطعن التى توجه إليه (٢) وماهى الآثار التى تترتب عليه .

## ١٨ - طرق الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى المسؤولية

### ٦٣٦ - طرق الطعن بوجه عام : لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى

مسئولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فمهر إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهى النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم ولا كلام فى الطريقين الأخيرين ، إذ تطبق فى شأنهما الأحكام المعروفة فى قانون المرافعات .

### ٦٣٧ - الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ، فإنه

هو أيضاً تتبع فى شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لا طلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات . ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقيصى المقرص أو الخطأ العقدى . إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقيصى فى الثابت . ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف فى رأى بيناد فيما تقدم (١) .

بقى أن نجل هنا - وكنا قد أشرنا إلى ذلك فى أماكن متفرقة - ما هو الواقع الذى لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذى يخضع لرقابتها فى شأن أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ - الخطأ : لا يخضع رقابة محكمة النقض ما تسجنه محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ . وما صح منها وقوعه وما لم يصح . أما التكييف القانونى لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ،



وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ (١) . وهل هذا الخطأ تقصيرى أو عقدى ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير . وهل يمكن أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته . وهل إذا كان مفترضاً يجوز إثبات العكس أو لا يجوز . كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوى متوافراً فى الخطأ . وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم الخطأ كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة . ومتى يكون الشخص المعنوى مسئولاً عن الخطأ ، وفى أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف وقائع التفسير الثابتة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (تقضى مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضاً بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا مقعب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ عن ارتباط السبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلامهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مثذنة جامع فنتلته ، مستنداً إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام فى تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المبنية لهذا القسم منع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مثذنته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يفتل الحوائت المائلة للسجد ولم يمنع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وكانت إشارة المهندس غير مطلوب فيها إغلاق الحوائت ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود اللقول ، فالتضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (تقضى مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ — ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكليفها الأعمال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ ، فهى فى ذلك تلتزم تطبيق معيار الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطئ ، إذ قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المقول ، أى أنه لم يتصرف عن السلوك المألوف للشخص العادى فى الظروف الخارجة التى وجد فيها ، مهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص فى الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة الوقاية من خطر سقوط المثذنة ، فيتصرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتكون الحكومة على كمال حال مسئلة عن خطأ مهندس التنظيم) .

من الوقائع المادية في هذا الشأن (١) .

٢ - الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع في ذاتها (٢) . أما تكييفها القانوني . وهل تكفي لتكوين ركن الضرر ،

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم ، وإلا كان حكمها باطلاً لتصور أسبابه . وقد قضت محكمة النفس بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتعويض يدعى ترنبه على إجراءات كيدية ضارة أن تثبت في حكمها أركان الخطأ المتوجب للتعويض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلاً لتصور أسبابه (نقض مدني في ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ من ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبت الحكم الأفعال التي صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنوياً) واعتبرها متصلة بعضها ببعض اتصال الأسباب بالنتائج ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أعمال خالكة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مشمولاً عن الضرر الذي نشأ عنها ، فلا مخالفة في ذلك للقانون . وإذن فإذا حمل الحكم مصلحة الآثار مشولية خطأها في سببها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترنب على هذا السبب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة الملصقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، ففضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدني في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ من ١٠٩١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا اتعلل الحكم للعائد الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه عقلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة ، فيتعين نقضه (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ من ٦٣٠) . وقد جاء في أسباب الحكم ما يأتي : وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الضار في هذه الدعوى هو اختلات سير البريمة في آلة بخارية عن موضعه بمحرك عتيقة غائبة ، وأن هذا الاختلات العنيف الفجائي لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب في اختلالها تقصير صاحبها في صيانتها هو قول لا مصدر له في محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به في أي موضع منه أن السبب انقلب أصلاً بمنف أو بغير عنف ، وأن علة اختلاته هي الخلل ، بل الذي جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقصى ما يصح استنتاجه عقلاً ... أن سير الغريال لم يكن في موضعه الطبيعي ، وأن التلوث حاول رده إلى موضعه ، فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دلالاً على ألا اختلات لسير البريمة ولا عمل للطن بأن هناك اختلاتاً ، ولا أن علة هذا الاختلات هي الخلل في الآلات — ونرى محكمة النفس في هذا الحكم تشدد كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذي أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التمييز ناقصاً . وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد =

وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبي ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه . وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة إلى التي يوجبها القانون على المسئول والمضروب والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

### ٣ - السببية : ولا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي

= إجابة مودعاً لديه إلى شريكه في الإجارة ، دون أن يبين وجه الضرر الذي لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع أن المحكوم عليه لم يلق أي ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض وتعين قصه (تقضى مدني في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع ، فمن إذ تقدر تعويض الضرر المترتب على دفاع كيدي ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتمدت في ذلك على أساس معقول (تقضى مدني في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو فنيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من التمهيد بتوريد الأغذية لأحد اللاجئين هو «أمر خطير فيه تريض لصحة اللاجئين فضلاً عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهم والمحافظة على سلامتهم» ، ثم رأت أن التعويض المتروك في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، لحسكت بإلزام التمهيد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (تقضى مدني في ٧ مارس سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ في عدوله عن الصفقة التي كان الزاد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وتراخ في إبلاغ رسو الزاد في الوقت المناسب إلى الراسي عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات في الفترة ما بين الزاد الأول والزيد الثاني الذي كان طلب التعويض على أساس نقص الثمن فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض المقضى به ، وهذا يكفي لسلامة الحكم . أما قيمة التعويض فتروك لسلطة المحكمة تقدرها على وفق ما تراه (تقضى مدني في ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٢٧٣) . وقضت كذلك بأن التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التبين من قبيل التكيف القانوني للواقع (تقضى مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

يستفاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (١) . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية ، وهل هي كذبة لإحداث علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبي الذي تنفق معه هذه العلاقة ، وما هي الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث المفاجئ ، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذي يترتب على فعل المضرور وفعل الغير في تحديد مسؤولية المدعى عليه . وما الحكم إذا تعددت الأسباب . وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

خلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة للمسؤولية ، من خطأ وضرر وسببية . لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

## ٢٥- الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

### ٦٣٨- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض - نشره الحق في

التعويض من وقوع الضرر : مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسؤولية . فالحكم ليس إلا مترراً لهذا الحق ، لا منشأ له . وحق المضرور في التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسئول . فترتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان مسؤولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسؤولية إلا بوقوعه . ومن هذا الوقت لا قبله بتحقيق المسؤولية في ذمة المسئول ويترتب حق المضرور في التعويض (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالوقائع . فلا يخضع قاضي الموضوع في مهله له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب تشبهه بغير (نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ من ٥٦٥) .  
(٢) أنظر في هذا المعنى : استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٢٤٦ =

ونشوء الحق في التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له  
أهمية عملية من وجوه كثيرة، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولاً - يجوز للمضرور أن يتصرف في حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى  
هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر . ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله  
من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى "غيره" . وأن يوقع حجزاً تحت يد  
مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور في  
التقليد ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسؤوليته كان للمضرور حق الرجوع  
على شركة التأمين حتى لو جد ما بين وقوع الضرر وصدر الحكم ما يستوجب  
مشطوط الحق في التأمين .

ثانياً - يسرى التقادم في دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ،  
بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه عن  
التفصيل الذي قدمناه .

ثالثاً - للمضرور . إلى جانب التعويض الأصلي ، تعويض عن التأخير  
يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن  
الإعذار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .  
ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق في التعويض الأصلي قد نشأ من وقت  
وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلي قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار .  
فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية . فإن تطبيق هذه  
الأحكام يقتضى أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت  
الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن القاضى  
لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضرور ذلك وأثبت الضرر

= وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨ . ونقض محكمة النفس العربية بترتيب الحق في  
التعويض من وقت الحكم (أنظر في هذا القضاء وفي قده مازو ٣ فترة ٢٢٥٣ - فترة  
٢٢٦٠ - وأنظر في هذا المعنى أيضاً من أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم  
التأخر محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم  
١٠٧ ص ٢٠٦) .

هذا وقد ينشأ الحق في التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الضرر  
مستقبلاً ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق في التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن  
ضرر مستقبلي محقق الوقوع .

الذى أصابه من التأخير. ومهما يكن من أمر فإن ذلك يقع في الغالب أن القاضي بقدر مبلغه من التفود هو أيضاً عن الضرر. ويدخل في تقديره النوعان من الضرر: الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول. والضرر الناشئ عن التأخير في دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم. فيجمع التعويض في مبلغ واحد (١).

**٦٣٩- الحكم بقوم الحق في التعويض بقويه :** وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً في هذا الحق. فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم. فأصبح بالحكم مقوماً. ويغلب أن يقدر بمبلغ معين من التفود.

ولا يقتصر الحكم على تعويم الحق. بل هو أيضاً بقويه من الوجوه الآتية: (١) يصبح الحق غير قابل للمقوض بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا حكم بالدين وحل الحكم قوة الأمر المتقضى... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة». (٢) يجوز للمضروور. وقد أصبح يبدد حكم واجب التنفيذ. أن يحصل على حق اختصاص بعقارات دينية ضامناً لأصل الدين والفوائد والمضروورات. (٣) يكون الحق في التعويض بعد صدور الحكم النهائي قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين.

---

(١) استئناف محتلف في ٢٥ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ - وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ - قازن استئناف محتلف في ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٣.

هذا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم، ويحق للمضروور أن يطالب بدعوى جديدة، فيقضى له بالسمر القانوني للقوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً لتقواعد العامة. وقد يطلب المضروور في الدعوى الأصلية المسكم بقوائد مع مبلغ التعويض الأصل، فيجوز له بالسمر القانوني للقوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية. ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بقوائد التأخير.

## المبحث الثاني

### جزاء المسؤولية (\*)

#### (التعويض)

٦٤٠- صورته للتعويض : جزاء المسؤولية هو التعويض ، وهذا الجزء إما أن يقوم في صورته العادية المألوفة ، وإما أن تعتوره ملازمات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة .  
ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

#### المطلب الأول

#### التعويض في صورته العادية المألوفة

٦٤١- طريقة التعويض وكيفية تقريره : نبحت أمرين : (١) كيف يعين القاضي طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضي مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts) .

#### ١ § - طريقة التعويض

٦٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

---

(\*) بعض المراجع : لبيين ريبير (Lucienne Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣-  
ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - كوليار (Colliard) رسالة من لكس  
سنة ١٩٣٨ - جيفور (Givord) رسالة من جرينويل سنة ١٩٣٨ - الموجز للمؤلف  
فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٢ - الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٣٣٣ -  
فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة  
٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ وفقرة ٣٧٠ - فقرة ٤٧٤ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل  
الضار فقرة ٥٥ - فقرة ٧٠ .

١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسماً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى في الجزء الأخير منها على الوجه الآتى : « ويصح أن يكون التعويض مقسماً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً ، واستبدلت كلمة « المضرور » بكلمة « المصاب » في الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أصيغت إلى الفقرة الثانية عبارة « متصل بالعمل غير المشروع » لتعدي من إطلاق العبارة الأخوية مادام التطبيق للعمل لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة - مثلاً ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهول . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٩٥ - من ٣٩٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : ١٢ - ليست للمسئولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ المعنى هو الأصل في المسئولية التعاقدية ، ففى التقضى من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بنى بغير حق أو بالتصف فى استعمال حق - إلا مثالة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية . ٢ - والتنفيذ يعادل أى من طريق التعويض المالى هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية . والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صورته ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح لمامل تقعه حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضي فى هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحسكوم به . وينبنى التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض وقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافى (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضي فضلاً عما تقدم أن يحكم فى أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، يأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق التصق على خفة المحكوم عليه (أو يكفى بأن ينوء فى الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يختر اقتراه أو سبب : المادة ١٤٠٩ من القانون =



ويتبين من هذا النص أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً .  
ذلك أن التعويض (réparation) بمعنى الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا  
هو التنفيذ العيني (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation  
par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدي (réparation  
(non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire)

٦٤٣- **التنفيذ العيني**: التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام  
عينياً . ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية (١) . أما في المسؤولية التقصيرية  
فيمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني . ذلك أن  
المدين في المسؤولية التقصيرية قد أدخل بالالتزام القانوني من عدم الإضرار  
بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن  
إزالته ومحو أثره . كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء  
والهواء تعسفاً منه ، ففي هذه الحالة يكون الباني مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو  
الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر . ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم  
الحائط على حساب الباني ، أو عن طريق التهديد المالي . وهذا ما قصد إليه  
القانون المدني الجديد عند ما ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه  
« يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة  
الحالة إلى ما كانت عليه » .

= المولدى) لتعويض المذنب في حقه عن الضرر الأدبي الذي أصابه . وغنى عن البيان أن مثل  
هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي ، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في  
بعض الصور . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ - ص ٣٩٧) .

(١) فن الزم بعقد أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل يتيسر في  
كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزامه . فالبائع ، وقد الزم بنقل ملكية البيع ، يجبر  
على تنفيذ التزامه ، وتنقل الملكية إلى المشتري بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن  
التصديق على إضاءته أمكن استصدار حكم ضده بإثبات البيع ، وتسجيل هذا الحكم تنتقل  
الملكية إلى المشتري . والقول الذي الزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن  
يجبر على ذلك بأن يبني الدائن المنزل على حسابه . ومن الزم بعقد ألا يفتح نافذة على جاره ،  
فتنحها ، أمكن إجباره على سدها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل الذي الزم  
به المدين يقتضى تدخله الشخصي ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العيني عن طريق التهديد المالي  
النصوص عليه في المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدني الجديد .

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً . وطالب به الدائن . أو تقدم به المدين .

#### ٦٤٤- التعويض غير النقدي : وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر

التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً . وإن كان هذا هو الغالب . فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه . كما يجوز للقاضي ، في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببناؤه ( أنظر م ٨٦٠ فقرة أولى ) . وفي دعاوى السب والكذب يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف . وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . وهذا ما عناه القانون المدني الجديد عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضي « أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال . والاقتصار على ذلك ، قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه .

#### ٦٤٥- التعويض النقدي : وهذا هو التعويض الذي يغلب الحكم به

في دعاوى المسؤولية التقصيرية . فإن كل ضرر - حتى الضرر الأدبي - يمكن تقويمه بالنقد . ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي . يحكم بتعويض نقدي . والتعويض النقدي هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على أنه « يقدر التعويض بالنقد » .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم . تبعاً للظروف . بتعويض نقدي منقسم أو بإيراد مرتب مدى الحياة . والفرق بين الصورتين أن التعويض المنقسم يدفع على أقساط تحدد مددها ، ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض

بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فبدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد بدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا يقطع إلا بموته . وبحكم القاضي بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقضى له بتعويض مقسط حتى يبرأ من أصابته . وبحكم القاضي بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل - كلياً أو جزئياً - عجزاً دائماً ، فيقضى للمضروب بإيراد يتقاضاه ما دام حياً ، تعويضاً له مما أصابه من الضرر بسبب هذا العجز الكلي أو الجزئي (١) . ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب . وكان الدين المترتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضي أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من ١٧١ من القانون المدني الجديد . إذ تنص على أنه « يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . وليس هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلاً لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضروب . ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تعذر التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي ، وتعين الحكم بتعويض نقدي ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضي إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضروب دفعة واحدة .

## ٢٥ - تقدير التعويض

٦٤٦ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) استئناف مخطط في ١٤ يولية سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٣٣٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ من ٩٢ - وفي ٥ يولية سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض القسط إلى أن يبرأ المضروب من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

٨ يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، «مراعياً في ذلك الظروف الملازمة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١)» .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، «مراعياً في ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحتفظ للمصاب بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في الحكم » . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحفظاً للمعي المقصود ، فأصبح النص في المشروع النهائي (المادة ١٧٤) على الوجه الآتي : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، «مراعياً في ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مراعياً في ذلك الظروف الملازمة» بعبارة «مراعياً في ذلك الظروف وجسامة الخطأ» لأن جسامة الخطأ تدخل في عموم هذه الظروف . ولما اعترض على النص بأن في تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر في التقدير ، أجب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي ، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكفي خلال مدة معينة ، فلا يتناقض ذلك مع قاعدة حجية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ - ٣٩٥) .

ويقابل هذا النص في القانون الجديد نص المادتين ١٧٩/١٢١ على الوجه الآتي: «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في سدد نص القانون الجديد ما يأتي : « يحدد النص مدى الضرر الذي ينتج عن انقراض الضار . ويقدر التعويض ، وفقاً للقاعدة العامة في المادة ٢٩٩ من المشروع (انظر المادة ٣٠٠) . ويمكن أن يشار في هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة لانقراض الضار . وينبغي أن يمتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها في منطلق اللذهب للشخص أو الذاتي . ولذلك تجرى التضمينات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبيقه في أحوال شتى . فمن ذلك مثلاً تخفيف التفتين التونسي والمراكشي بين خطأ الدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهرت المادتان ٩٨/١٠٢ من هذين التفتين حكم هذه التفرقة ، =

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما في النص قد سبق إيرادهما . ونعيد ذكرهما هنا زيادة في الإيضاح .

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتي : « ١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » . وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتي : « ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدت بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

٦٤٧ - مقياس التعويض للضرر المباشر : ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت - تعويضاً

— فنصنا على أنه يتعين على المحكمة أن تباين في تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسؤولية خطأ المدين أو تدليس . ويفرق التقنين البولوني كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ البسيط من ناحية أخرى ، فيقرر في المادة ١٦٠ أنه « يستند في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وفقاً لسعر الجارى ، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى الضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش » . ويقضى بتقنين الالتزامات السويسري بمقاس التعويض عدالة إذا كان الخطأ سبباً وكانت موارد المدين محدودة ، فينس في الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على أنه ( إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونته بالغة ، فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاءه يضر المدين لضيق الحال ) . وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً ، كما هو الشأن مثلاً في جرح لا نستين عقابه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . إذا انقضى الأجل المحدد ، أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى المضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك . وعلى هذا سار انقضاء المصري » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ - ص ١٣٩٣ )

عينيّاً أو بمقابل . وتعويضاً نقدياً أو غير نقدي . وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال - يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثته الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام محققاً . وقد تقدم ذكر هذا كله عند الكلام في ركن الضرر .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الحسارة التي لحقت المضرور (damnum emergens) والسكب الذي فاته (lucrum cessans). فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمآل. فلو أن شخصاً أتلف سيارة مملوكة لآخر . وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هي الحسارة التي لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو السكب الذي فاته . وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه . ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعاً أو غير متوقع . ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع . أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

#### ٦٤/٨ - الظروف الملزمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض:

ونقول المادة ١٧٠ أن القاضي يراعي في تقدير التعويض « الظروف الملزمة » . ويقصد بالظروف الملزمة هنا الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسؤول . فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض ، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض . أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول وجسامة الخطأ الذي صدر منه ، فلا يدخل في الحساب ، على خلاف في الرأي بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتي (in concreto) لا على أساس موضوعي (in abstracto) . ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية . فمن كان عصبياً ، فإن الانزعاج الذي يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب .

ومن كان مريضاً «بالسكر» ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم (١). كذلك يكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية . فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً فى الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإذا الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التى لحقت به ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد (٢) وقد يفيد المضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مماوئلاً آخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد (٣) . ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الحديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، على الأقل إذا كان فى استطاعة المسئول أن يعرض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد (٤).

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليماً فى مكان المضرور كان لا يصاب بهذا المرض ، إذ العبرة بشخص المضرور لا بشخص مجرد (أنظر فى هذا المعنى استئناف مخطط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب الشيء لا الشخص ، فتكون البلدية مسئولة عما أحدثته أعمال الحفر فى مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديماً وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مخطط فى ١٧ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة المضرور المهنية . فالخريق الذى يصيب بناءً اتخذ تاجر عمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مخطط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

(٤) قارن : استئناف مخطط فى ٢٣ يولية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦ - مازو ٣

أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول فلا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر. أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل (١). وسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة : فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدثت من الضرر . دون مراعاة لظروفه الشخصية . إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسئول (٢) . كذلك لا يزيد في مقدار التعويض أن يكون المسئول قد أمن على مسؤوليته بدعوى أن شركة التأمين هي التي ستدفع التعويض . ولا يدخل في الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذي أحدثته . فالأصل الذي يستعين بالمسروق في مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولاً إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد (٣) .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المسئول عند تقدير التعويض . وإذا تحققت المسؤولية . قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل

(١) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير عمير ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعتمد الحصول على تعويض من المسئول ، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢) ، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار يشارك كل منهما يكون محل اعتبار في تقدير التعويض .

(٢) ومع ذلك أنظر : استثناء مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ - وفي ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ .

(٣) ولا يقال إنه يكون مسئولاً عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، فحكم هذه الدعوى أن يدفع المدين أقل القيتين ، وقد دفع المدين أقل القيتين بدفع قيمة المسروق . وعلى العكس من ذلك يدخل في الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذي وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ في أن تراعى المحكمة في تقدير التعويض المستحق للموظف المفصول بغير حق ما قد يفيد من التحرر من أعباء الوظيفة (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت في الحكم المعلوم فيه أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى كان موقفاً ثم زال سببه ، وأن المدعى سيبقى من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عطشى تعوض عليه الضرر حتماً في زمن وجيز ، ثم تبقى له على عمر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ ص ٣٥٦) .



الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير . ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامته الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامته الخطأ في تقدير التعويض . وهذا شعور طبيعي يستولى على القاضي ، فما دام مقدار التعويض موكولاً إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء في مصر وفي فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك (١) .

#### ٦٤٩- الضرر المتغير والوقت الذي يقرر فيه (٢) : نفرض أن الضرر

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك في أول الأمر (استئناف مخطئ في أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكنت عن التصريح . بل هو الآن يصرح في بعض الأحيان بأن جسامته الخطأ لا تدخل لها في تقدير التعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضي لا يستطيع أن يتحاى إدخال جسامته الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، ويظهر ذلك بنوع خاص في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي حيث ينفسح مجال التقدير . ويظهر ذلك أيضاً عند تقسيم التعويض على مسئولين متعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص في ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان المضرور أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسئولية المدعى عليه ، ففي هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جميعاً وراعى في التقسيم جسامته الخطأ الذي صدر من كل منهم ، وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن القانون المدني الجديد لم يجعل جسامته الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، فقد كان المشروع التبريدى (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامته الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، مما يخرج جسامته الخطأ عن أن تكون عاملاً في تقدير التعويض . على أن ما قلناه من مناقشات لجنة القانون المدني بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آتياً فقرة ٦٤٦ في الهامش) صريح في أن اللجنة عندما حذفت عبارة « جسامته الخطأ » واستبدلت بها عبارة « الظروف الملائمة » إنما راعت أن جسامته الخطأ تدخل في عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامته الخطأ من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣ - م ٣٩٤) .

(٢) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذي لا يتغير تعيين مده تبييناً نهائياً وقت النطق بالحكم . ففي الحالة الثانية يجوز للقاضي أن يحتفظ بضرره بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في ركن الضرر . أما في الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع إلى يوم =

متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . بل إذا شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر في يده . وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان . وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لا شك في أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم . فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة (١) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم . وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان في أول أمره . حسب القاضي التعويض مراعيًا ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن (٢) .

فالعبرة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم . اشتد الضرر أو خف . أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم . والذي تغير هو سعر النقد الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام . فالعبرة

= النطق بالحكم . ولا شيء يمنع من أن تجمع المالتان : يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يفسر تدين مداه تميئناً نهائياً . وعندئذ تطبق أحكام كل من المالتين ، ويختار القاضي الوقت الذي يقدر فيه الضرر وفقاً لما سببه ، ثم يحتفظ في حكمه بحق الضرر في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

(١) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المشول ، كما إذا فقد الضرر إحدى عينيه في حادث ، ثم فقد الأخرى في حادث آخر . فالمشول عن الحادث الأول يرى الضرر الذي أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثاني ، فقد كان هذا الضرر في أول أمره هو فقد الضرر عينا واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر في الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون في هذه الحالة مشولاً عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مشول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المشول عن الحادث الثاني . وهذا المشول هو الذي يمرض عن زيادة الضرر الناشئ عن فقد الضرر لينة الثانية بعد أن فقد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٢) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المشول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي ، كما إذا كان الضرر في حادث أصيب في حادث آخر فات ، فإن المشول عن الحادث الأول يستفيد من موت الضرر إذ هو غير مشول عنه ، وقد وضع الموت حداً للضرر الذي ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك

بالسر يوم صدور الحكم . ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو الخفض (١) .  
على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فإنه يرجع بما دفعه  
فعلا ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

#### ٦٥٠- النفقة الموقته : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية

أن المضرور فى حاجة قصوى إلى نفقة موقته (provision) يدفعها له المسئول من  
حساب التعويض الذى سيقضى له به فى النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن  
يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١- أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .

٢- أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها . فى حاجة  
إلى مدة طويلة .

٣- أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤- أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبالغ التعويض الذى  
ينتظر أن يقدر به الضرر (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً لمين على القاضى النظر فيه لا كما  
كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعيًا التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع  
أصلها إلى خطأ المشول أو نقص كائناً ما كان سببه ، ومراعياً كذلك التغير فى قيمة الضرر  
بإرتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن  
الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة  
به . أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغيراً فى الضرر ذاته . وإذا كان المشول ملزماً بحجر الضرر  
كاملاً ، فإن التعويض لا يكون كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن  
ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصفة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم  
بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على  
المشول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المشول التزامه (قضى مدنى فى ١٧ أبريل  
سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ : منزل ظهر بماتيه خلل راجع إلى تسرب  
المياه من أنابيب نافثة لمصلحة التنظيم ، وتقاضى صاحب المنزل تعويضاً كاملاً عن إصلاح الخلل  
بحسب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتعويضاً كاملاً عن خلل المنزل ، ولم ينظر  
إلى أن اللالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) — ويؤخذ على الحكم  
أنه لم يدخل فى الحساب تهاون المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليلين  
الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٠٩) .

(٢) أنظر فى الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢٤٢٦ — فقرة ٢٤٢٨ .

## المطلب الثاني

### التعويض في صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١- **مادة ثلث** : ما قدمنا في التعويض هو حكمه في صورته

العادية المألوفة. ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه، فيكون التعويض صورة أخرى معدلة موصوفة. ويقع هذا في حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسؤولية على تعديل الأحكام التي قدمناها. (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسؤوليته اغملة قبل تحققها. (والحالة الثالثة) أن ينتج أمام المضرور طريقان لتعويض عن الضرر الذي أصابه.

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف الذي لحق التعويض في الحالتين الأوليين يتصل بالمتول، أما الوصف الذي لحق التعويض في الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور.

ونتكلم في هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية (٢) التأمين على المسؤولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض.

### § ١ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

٦٥٢- **نظام الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية** : إذا تحققت المسؤولية

التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً. ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصالح جائز فيما هو ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر، فللمضرور أن يعنى المسئول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر. ويكون هذا إما نزولاً من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا يتازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض. ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق. ويكون متبرعاً بما زاد.

وليس فيها قدماء محل النزاع . وإنما النزاع في الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسؤولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية . قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذي سيضمره بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تيسر في المسؤولية العقدية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول والمضروب ، فهو ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور لاتفاق بينهما إلا بعد تحقق المسؤولية ؟ وإذا كان هذا صحيحاً في الكثرة الغالبة من الأحوال . فإنه يتصور في بعض أحوال المسؤولية التقصيرية أن يعرف شخص من يخطر أن يضربه من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يخطر أن يكون فيهم في المستقبل مسئول ومضروب . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يخطر أن يكون مسئولاً ومضروباً . فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملاك عبورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضي التي تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملاك الحيوانات التي تجتمع في مكان واحد لاحتمال أن تؤذي الحيوانات بعضها بعضاً . وأصحاب السيارات إذا دخلت في سباق لاحتمال أن تتحقق المسؤولية التقصيرية فيما بينها . ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيري . والنقل المجاني فيما بين الناقل والمحمول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسؤولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية . فالاتفاق على ضمان المسؤولية مثله أن يؤمن المسئول على مسؤوليته في شركة تأمين . وبشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضي أن يضمن لما عسى أن يتحقق من مسؤوليتها بسبب الألعاب الرياضية التي يقوم بها النادي . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضروب . وقد يرفع المسؤولية أصلاً عن المسئول قبل المضروب . أما الاتفاق الثاني فيقوم بين المسئول الأصلي ومسئول

آخر يضمه . لا ليرفع المسؤولية عن المسئول الأصلي . بل ليوكدها بضم  
مسئول إليه . محل في النهاية المسؤولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من  
حتى المنزور في الرجوع على المسئول الأصلي .  
والاتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية إما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من  
المسؤولية أو للتخفيف منها . وإما أن يكون اتفاقاً لاتشديد من المسؤولية .  
نستعرض كلا من الحالتين .

**٦٥٣- الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التفسيرية أو على التخفيف منها:**  
هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسؤولية بتاتاً . وقد يرمى إلى التخفيف منها .  
إما بأنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما  
بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ،  
وإما بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسؤولية .  
وقد كفل القانون المدني الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات . فنصت الفقرة  
الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتي : « ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء  
من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) » .  
والقضاء في مصر وفي فرنسا جرى على هذا المبدأ : لا بالنسبة إلى الإعفاء  
من المسؤولية فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها في صورته المختلفة (٢) .

(١) أنظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٤٣٧ في الهامش .  
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتي : « أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء  
من المسؤولية عن الخطأ التقاعدي باطل إذا كان الخطأ بالغا جسيما الفس أو الخطأ الفاحش ، أما  
إذا كان الخطأ بسيراً فينبى الفقهاء خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول  
ببطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتقاعدي فهو باطل إجماعاً وفي كل الأحوال » (استئناف  
مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الحماة ٩ رقم ٢/٢٥ من ٤٤) . أنظر أيضاً :  
استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ من ٢٤٥ —  
وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ الحماة ٢ رقم ١/١٦١ من ٤٨٠ — استئناف مختلط في ١٦  
مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٥١ — وفي ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٢٧٨ —  
وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ١٥٤ — وفي ١٧ بونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ من  
٤٢٨ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٥٥ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م  
٣٣ من ٩٧ — وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ٣٢٢ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م  
٣٦ من ١٤٠ — وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٩٦ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م  
٤٢ من ٢٥٩ .

وانظر في القضاء الفرنسي ما زو ٣ فقرة ٢٥٧٠ .

وتعادل ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذى يتكفل بتقريرها . فهى ليست كأحكام المسؤولية العقدية التى هى من صنع المتعاقدين . فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائى أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا فى المسؤولية العقدية أن كل هذا جائز فى غير العمد والخطأ الجسيم . أما الفقه فى فرنسا فيناقش القضاء منتقدا إياه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسؤولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التى ترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم) ، أو على التخفيف من هذه المسؤولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلاً للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس فى القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسؤولية فى أية صورة من صور التخفيف (١) .

ومهما يكن من أمر فالقانون الجديد صريح فى بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو فى ذلك يؤيد القضاء فى مصر وفى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .

#### ٦٥٤ - الاتفاق على التسديد فى المسؤولية التقصيرية : وقد يكون الاتفاق

من شأنه أن يشدد فى المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً فى جانب المسئول فى حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسؤولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ . ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى وفى نقد القضاء الفرنسى مارو ٣ فقرة ٢٥٧١ - فقرة ٢٥٧٦ .

مشروعاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد من أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجيء . القوة القاهرة » (١) . وغنى عن البيان أن المسؤولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجيء والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعه مسؤولية لم تتحقق ، فيتحمل التبعة (risque) للمسئولية ويكون بمثابة المؤمن ، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسؤولية قد تحققت .

## ٢٨ - التأمين على المسؤولية

٦٥٥- متى يجوز التأمين على المسؤولية : التأمين على المسؤولية يفضل الإعفاء من المسؤولية ، لأنه في الوقت الذي يزيع فيه عن عاتق المسئول عبء المسؤولية لا يعزم المضرور من حقه في التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين . ومن ثم فهو كثير الوقوع في الحياة العملية . ويجوز للشخص أن يؤمن على مسؤوليته المترتبة على الخطأ . سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري مفرضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً . ولكن لا يجوز التأمين على المسؤولية المترتبة على الخطأ العمد ، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين على المسؤولية عن عمل الغير . حتى لو ارتكب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة (م ٢٢٤ من المشروع التام) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - م ٥٥٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبعه الحادث الفجائي ، وبهذا يكون الدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسؤولية على تقيض ذلك باشتراط الإعفاء من تبعه الخطأ الصافى إلا أن تكون علة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسؤولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أيا كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً لمخالفته للظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .



هذا الغير خطأ عمداً. ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصى الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد (١) .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن على مسئوليته فى مختلف صورها ، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتى : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالمضروب (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير .

### ٦٥٦- عمدة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين .

وهو يترتب التزامات فى ذمة المؤمن (شركة التأمين). وأخرى فى ذمة المؤمن له (المسئول) .

#### (١) التزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص فى صان المسئولية التى

قد تترتب فى ذمة المؤمن له ، وهى المسئولية التى كانت محالة للتأمين . والأصل أن المؤمن ضامن لكل ما ينجم عن هذه المسئولية من تكاليف . ففى طلب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلاً فى دائرة التأمين . بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن فى الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذى يضمته المؤمن ليس هو مسئولية المؤمن

(١) ويترتب ذلك من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية القدية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المؤمن من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم . ومع ذلك يجوز للمؤمن أن يشترط عدم مسئولية عن نفسه أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

وكذلك فى التأمين من الحريق نصت المادة ٧٦٨ على أنه ١- « يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خسر المؤمن له غير التعمد ، وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة » . ٢- « أما الحائر والأضرار التى يحدتها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك » . ونرى من المقابلة بين هذا النص والنص المتقدم أن المسئولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

له فحسب . بل كل مطالبة توجه ضده في شأن هذه المسؤولية (١) .  
فلذا ثبتت المسؤولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت  
في ذمته من تعويض بسبب هذه المسؤولية (٢) . والقاعدة أن المؤمن يلتزم  
بالضمان بقدر ما تحقق من مسؤولية المؤمن له دون زيادة . حتى لو كان عقد  
التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد  
على التعويض الذي ثبت في ذمة المؤمن له . فلو كان هذا المبلغ ألفاً وكانت  
قيمة التعويض ثمانمائة . فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف (٣) .  
وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسؤولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو  
معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له . فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ،  
وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ،  
فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

(١) أو كما يقول هينارد (Hénard) إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة  
ذاتها ، قضائية كانت أو غير قضائية (Le sinistre est l'attaque même, judiciaire  
ou extrajudiciaire : Hénard t. 2 no. 556) .  
وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يتضمن نصوماً في التأمين من المسؤولية ،  
حذفت في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تشريع خاص  
بالحال . مسائل التأمين في مختلف صوره ، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا  
المشروع ما يأتي : « لا ينتج الترام المؤمن أثره إلا إذا قام المصاب بمطالبة المؤمن له ودعا أو  
قضائياً بعد الحادث المبين في العقد » .

(٢) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسؤولية ، أن يتدخل في الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا  
إذا اشترط عدم جواز ذلك (مارو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يجوز للمؤمن أن ينس في وثيقة  
التأمين على احتفاظه وحده بالحق في مباشرة الدعوى (أنظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع  
التمهيدى للقانون المدنى الجديد) .

(٣) وقد يقع المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسؤولية ، فلا يدفع المؤمن إلا  
نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسؤوليته (٨٠ ٪ مثلاً) ، وهذا  
ما يسمى بشرط الخسارة المكشوفة (clause de découvert obligatoire) . أو يتفقا  
على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (حين جنبها مثلاً) ، فإذا كان  
التعويض حين جنبها أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض  
على حين جنبها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المبدرة  
(clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقا على ألا يدفع المؤمن  
ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خسائمه جنبها مثلاً) ، فإذا كان التعويض خسائمه أو أقل  
دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخسائمه فإن المؤمن لا يدفع إلا خسائمه ويجعل المؤمن له  
مقدار الزيادة . (أنظر في وجوه التخفيف المختلفة ما زو ٣ فقرة ٢٦٦١ - ٢ إلى فقرة ٢٦٧٠) .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين في مواعيدها وبغير ذلك من الالتزامات التي ترتبها وثيقة التأمين .  
ويصح الاتفاق في الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضا من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر به بالمسئولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية . أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظمناً بيناً (١) .

**٦٥٧- عمولة المؤمن بالمضرور** : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له » . فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن . إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين ما دام المضرور لم يعرض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذى لم يتقاض التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاء مباشرة من المؤمن في حدود مبلغ التأمين . دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له . لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له ، وفي هذه الحالة يشاركه دائنو المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم (٢) .

---

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ، وقد حذفت في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كما قدمنا .

(٢) ومع ذلك فقد فنت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور في حادث أو خلفاء يتعلمون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، ويترتب على ذلك أنه عندما يثبت خطأ المضرور عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تسقط شركة التأمين أن تدفع =

## ٦٥٨ - عمدة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية

عن عمل الغير : يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ . ولكنه يكون مسئولاً عن عمل الغير الذي صدر منه الخطأ . ويتحقق ذلك في مسئولية المكلف بالرقابة عن هم في رقابته ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور . ورجع به على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذي صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلي أنه إذا اجتمع للمضرور طريقان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين . جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذي ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذي تحققت به المسئولية . ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بتقاضى عقد التأمين الذي دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذي قام عليه الحق الآخر ، فمصدر الحق في التعويض الخطأ الذي ارتكبه الغير . ومصدر الحق في مبلغ التأمين العقد الذي أبرمه مع المؤمن .

ولكن يغلب في العمل أن يشترط المؤمن في عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل أن صدر منه الخطأ إلى المؤمن . فيكون هذا بمثابة الحاحول الاتفاقى (١) . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد

= دعوى الضرر إلا في حدود مبلغ التعويض المتفرع عليه في عقد التأمين وهي الحدود المرسومة لمسئوليتها (استئناف مختلف في ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر في هذا المي أيضاً : استئناف مختلف في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن للضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تبرئته وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط لصناعة المضرور ، فصار لهذا حق مباشرة قبل شركة التأمين . ويرجع في ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يستخلص منصوصها هذا الاشتراط .

(١) وقد نص القانون المدني الجديد على حلول قانوني فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فقتضت المادة ٧٧١ بما يأتي : « يحمل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعلة في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهرًا للمؤمن له من يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ولكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما نرى يفتقر صراحة من الحلل إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولاً عن أفعاله .

العامّة . وتطبيقها يؤدي إلى أن المؤمن لا يحمل محل المؤمن له في الرجوع على الغير الذي صدر منه الخطأ . لا حلولاً اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول . ولا حلولاً قانونياً لأن الحلول القانوني لا يكون إلا بنص والنص غير موجود (١).

### § ٣ - اجتماع طريقتي التعويض

٦٥٩ - كيف يجمع طريقاه للتعويض : قد يوجد لدى المضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه في إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر في جسمه أو في ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الحسائر أو التأمين من المسؤولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذي يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً في نفقة أو إيراد في ذمة الغير . ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد (٢).

٦٦٠ - اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر في جسمه أو في ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانوني يؤدي إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان . حق قبل المسؤول عن هذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسؤول عن الضرر ، لا عسكاً بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، ولا احتجاجاً بالحلول القانوني (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ س ٧٤ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ س ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ س ٧٤ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ س ١٧٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ س ٢٧٢ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ س ٢٧٨) . ومع ذلك فإن استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازت ١٤ رقم ١٠ س ١٢ وسنعود إلى ذلك فيما يلي .

(٢) وقد يجتمع التعويض مع الدية في قانون تحقيق الجنايات الوطني القديم (أنظر ٥٦٠ من هذا القانون) ، إذ التعويض غير الدية (محكمة الاستئناف الوطنية في ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ س ٢٣٩ - محكمة أسبوط في ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ س ٥١) .

الضرر في التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذي ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين في مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق العقد الذي تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث . ووقع الضرر الذي أمن نفسه منه . فهو - أو ورثته - يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث . ويجمع لذلك بين الحقين كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق . أو على بضاعته من الغرق ، أو على مسؤوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولاً عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المساواة ، ويجمع بذلك في هذه الحالات أيضاً بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن المصروف يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاضى إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذي أصابه . أما مبلغ التأمين فليس مقابل التعويض ، بل هو متبادل لأقساط التأمين التي دفعها للشركة (١).

(١) وإذا كان عقد التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة إلى المؤمن له - فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التي دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاضى شيئاً أصلاً إذا لم يقع - فإن المقدار بالنسبة إلى الشركة ليس بالمقدار الاحتمالي لأن الشركة تعرض خسارتها عند بعض المؤمن لهم بمكسبها عند بعض آخر ، وهي في مجموع صفقاتها غير خاسرة ، وقد أهملت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تعرض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

إذن يجب التسليم بأن المصروف يستطيع أن يجمع بين الحقين ، حقه في التعويض ضد المسئول وحقه في مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر ، فأحدهما مصدره العمل غير المشروع والآخر مصدره العقد .

وإذا كان التشريع الفرنسي الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص في المادة ٣٦ منه ، في التأمين على الأشياء ، على حلول شركة التأمين محل المصروف في الرجوع على المسئول بمقدار مبلغ التأمين الذي دفعته الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عمل هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لتلا بغيره ذلك على إطلاق الشيء الذي أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع في المادة ٥٥ منه ، في التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين محل المصروف في الرجوع على المسئول ، فذلك إما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قدمنا ، بعد أن اتفق الاعتبار العملي الذي كان يمنع من الجمع بينهما ، إذ قل إن يصيب الشخص نفسه طعماً في مبلغ التأمين ، وإذا هو فعل فن السهل اختصام أمره .

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بمجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين (١) .

## ٦٦١- اجتماع التعويض مع النفقة أو الديراد : قد يكون الضرر

الذى أوجب التعويض للمضرور سبباً في ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل في مصنع تسبب عامل آخر في إصابته ، فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق في الوقت ذاته تعويضاً كاملاً قبل العامل المسئول عن الحادث . فيحل له أن يجمع بين

= وقد طبق القانون المدنى الجديد مبدأ عدم حلول الشركة محل المؤمن له في التأمين على الحياة ، نص في المادة ٧٦٥ على أنه « في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق في الحصول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر القانون الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن في التأمين من الحريق ، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر الذى نجمت عنه مسؤولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً المؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشياء ، لا يجمع في الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله في الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشمل صناً .

(١) وقد رأينا بحكمة الاستئناف المختلطة نقض بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل له عن دعواه (أنظر آخراً فقرة ٦٥٨ في المامضى) . وقد قضت أيضاً ، في ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بمجده في الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء في ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مختلط في ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يتخلص من نتائج هذه المسؤولية قبل المضرور بدعوى أن المضرور قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا نتيجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مختلط في أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد فسرت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كبداً عام ، المازعة في حق المؤمن في الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسؤولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

التعويضين؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقدمه عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهل يجمع بين التعويض والنفقة ؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قدمنا أن مبلغ التأمين ليس مقابل التعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي سبق دفعها . ولكن المبلغ الجزائي الذي يدفعه رب المصنع للعامل عند إصابته ، والنفقة التي يدفعها من تجب عليه النفقة ، لا مقابل لما إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذي أصابه . فالصيغة الغالبة عليهما هي التعويض عن هذا العجز . لذلك لا يجوز أن يجمع المضرور بين تعويضين . فهو إذا تقاضى التعويض الجزائي أو النفقة . لم يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزوم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المنسوب في ذلك (١) . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول . فلا يجوز له أن يرجع بشيء على صاحب المصنع (٢) أو الملزوم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب في حادث تكون الحكومة مسئولة

---

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ م ٢٠٠ — فزن استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ١٦٥ .

(٢) كذلك لا يجوز الجمع بين منالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمال والتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسئولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمال باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام في المطالبة بتعويض الضرر المدعى به ، لأن القانون الأول مجال تطبيق الأحوال التي أراد فيها المشرع أن يرفع جانب العامل نظراً لخطأ العمل بعدم تحميله عبء إثبات خطأ صاحب العمل أو تقصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون واتخذها سنداً له في طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يتسكك بأي قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحوادث المطلوب عنه التعويض قد نشأت عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان المدعى بطلب التعويض على قانون إصابات العمال ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسئولية العامة ، وطلب المحكم له بالتعويض على اعتبار أنها طليان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمال ، فإنه يكون من التعيين عليها أن تنظر في الطلب المؤسس على القانون العام (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ م ٤٣٦) .



عنه ، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائي يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إتصاص مبلغ المعاش الاستثنائي . سواء كان في صورة إيراد مدى الحياة أو في صورة مكافأة إيجالية . من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف (١) . لكن إذا قبض الموظف معاشه العادي طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث ودة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسؤولاً عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يوجب بمقدار معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان ، وإن كانا غطيين في الأساس القانوني ، هما متحdan في الغاية ، وهي جبر الضرر الواقع للضرر . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملاً مكافئاً ل مقدار الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إضراراً لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسؤولة أيضاً عن التعويض الذي أساسه القانون المدني يكون من الصعيب خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض الذي يستحق . وهذا الظرف يتفق وما قرره الشارع في حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذي قرر التزام صاحب العمل — على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات — بأن يدفع بمقدار معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدني (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد المسكوك المظنون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ه لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذي ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التي منحتها الطاعة المظنون عليه هي مكافأة استثنائية بمقدار معلوم استحقها وفقاً لهذا القانون كتعويض على مجرد الإصابة التي لحقتها وأقصدته عن مواصلة العمل في خدمة الحكومة ، وأن حقه في التعويض الكامل الجائر للضرر الذي لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تسأل عنه الطاعة (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ملعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث في وقائع حرية أو في مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاشات عنه في التعويض (نقض جنائي في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر الجنائية ه رقم ٣١٧) . وهذا المسكوك قد حاد عن المسلك الصحيح الذي قررناه ، وقد اتفقه بحق الدكتور ساجان مرقس في تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

لأن المعاش العادى كـمـيـلـغ التـأـمـيـن إنـمـا اسـتـحق لـقـاء الاسـتـنـطـاعـات الـدـوـريـة الـتى أخـذت مـن مـرتـب المـوظـف (١) .

أما إذا كان المـضـرور قد تـلقـى صـدـقـة أو إـحـساناً مـن الـغـيـر مـواسـد له فـيـأ أـصـابـه مـن ضـرر ، فـلا يـجـوز لـلمـسـئـول أن يـنـقـص مـن مـبـلـغ التـعـويـض الـذى يـلـزمـه مـقـدار هـذه الصـدـقـة ، فإن صـاحـب الصـدـقـة قد تـبرـع بـها لـلمـضـرور لا لـلمـسـئـول .

## الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير

والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ - المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ

مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبت مدعى المسئولية وهو المضرور .

وننتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف فى رأى سنفصله فيما يلى . وقد توخى المشرع فيها أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم القانون المدنى الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

---

(١) قضى مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم فى الحاشية السابقة . وقرر المحكم ، فى المسألة التى نحن بصددنا ، ما بأتى : « ولكن المكافأة العادية التى تستحقها ورثة المستخدم عند وفاته وقافة طيعية والتي لا علاقة لها بالمادة ولا بالتعويض المتحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة لورثة بالإضافة إلى التعويض » .

## الفرع الأول

### المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ - ماثله : يكون الشخص مسئولاً عن عمل الغير في حالتين :

(الحالة الأولى) هي حالة من تجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، ويكون مسئولاً عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .  
(والحالة الثانية) هي حالة المتبوع ويكون مسئولاً عن أعمال التابع .

### المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عن م في رقابته (\*)

(Responsabilité du surveillant du fait de son surveillé)

٦٦٤ - النصوص القانونية : كانت المادة ١٥١ من القانون المدني

الوطني القديم تنص على ما يأتي :

«وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

وكانت المادة ٢١٣ من القانون المدني المختلط القديم تنص على ما يأتي :

«يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم في رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

(\*) بعض المراجع . بولاتون (Boanlaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - كومبسكير

(Combescura) رسالة من مونيبلية سنة ١٩٣٧ - كورتو (Courteaud) رسالة من

جرينويل سنة ١٩٣٨ - جرومير (Grosmaître) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ - جانبيير

(Jeanpierre) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٨ - بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ -

ألبيرتى (Alberti) رسالة من إكس سنة ١٩٤٢ - الموجز للدولف فقرة ٣٤٥ - فقرة

٣٤٨ - مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ١٤٨ - فقرة ١٩٢ - الدكتور

حسنت أبو سنيث بك فقرة ٤٩٧ - فقرة ٥١٣ - الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار

فقرة ٧٤ - فقرة ٨٧ .

وكانت هذه النصوص معيبة من وجوه متعددة : (١) فهي من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عنهم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت في جانبه ، مع أن المقصود هو المسئولية الأولى (١) . (٢) ثم هي لم تبين في أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص متولياً الرقابة على غيره . (٣) وهي أخيراً لم توضح أساس المسئولية ، وهل هي قائمة على خطأ مفترض ، وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس (٢) . فجاء القانون المدنى الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص في المادة ١٧٣ على ما يأتي :

١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة . ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية (٣) .

---

(١) انظر للمؤلف فقرة ٣٤٥ .

(٢) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلها في القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) التى لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصرت على ذكر ملوافات من المسئولين على سبيل المحصر (أنظر ملزو ١ فقرة ٧١٢ - فقرة ٧١٩) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير =

ونبحث في صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

= عمله غير المشروع . وبين هذا الالتزام فثما حتى لو كان من وقوعه العمل الضار غير مميز .

٢ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، مد أن أصبح رقمها ١٧٧ فى المشروع . تنهسان ، على الوجه الآتى :

١ - كل من تولى رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو سبب حالته العقلية أو الحسية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع .

ويترب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ - ويتر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كف القائم على رعيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم . وتنقل الرقابة عن الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . ٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتين : (أولاً) تحجب جمل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص . فإن هذا من شأنه أن يثير فكرة الولاية على النفس وأحكامها فى الشريعة الإسلامية مما قد لا يتفق تماماً مع فكرة الرقابة فى القانون الحديث . (ثانياً) حدد فى التعديل إلى أى سن يكون النص فى حاجة إلى الرقابة ومنى تنقل الرقابة إلى المعلم فى المدرسة أو فى الحرفة وإلى من تنقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى الشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة يبنى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وضوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبى وهذا يبنى علاقة السببية لا يبنى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسئولية إنما يكون بأحد أمرين : إما يبنى الخطأ وإما يبنى علاقة السببية . ففى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتفى الخطأ ، وفى الحالين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (أنظر : قض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحامدة ١٥ رقم ١/٩٠ ص ١٩٨ وسنعود إلى هذا الحكم فيما يلى) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع انتهى .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات حوية انتهت إلى إضافة كلمة «المعرف» فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص» بعبارة «كل من تولى رقابة شخص» لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يكون مصدره الانسان أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٥ - - ص ١٢٠) .

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ - شرطان لتحقق المسئولية : تتحقق المسئولية إذا تولى شخص

الرقابة على شخص آخر ، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت في جانبه فأوجب مسئوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع .

فتتحقق المسئولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

### § ١ - تولى الرقابة

٦٦٦ - الالتزام بالرقابة : لا تتحقق المسئولية إلا إذا قام التزام

بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولاً عنه . بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاق بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذي ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة .

وعلة هذا الالتزام كما جاء في النص ، حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره . وإما بسبب حالته العقلية . وإما بسبب حالته الجسمية . فالقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . واجنون والمعتوه وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية . والأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم . كالقاصر واجنون والمعتوه وذو الغفلة يضعهم القانون في رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والممرض يتفق

معهما على تولى رقابة المرضى (١) .

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب التضرر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجناء على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه (٢) ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

## ٦٦٧- الحالات التي يقوم فيها الالتزام بالرقابة: لم يخصص القانون

الحالات التي يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً. والرقابة في الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه . إلا إذا وجد ما يدعو لبطء الرقابة عليه وهو بالغ . فتستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ

(١) القاصر : أظهر حالات الرقابة هي كما قدمنا حالة القاصر . وقد عني

المشرع بها فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : « ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة . أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وننتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يوصل نس المشروع ماورد من النصوص في التقنين المصرى الحال من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولاً فكرة الرقابة تحديداً بئناً . ويراعى أن نصوص التقنين الحال ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسى ، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص في بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها في صياغة هذه الفكرة قد بالفت في الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما يبقى الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقدر القاضي تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لازماً قاعاً . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والريب أو الممرض على رقابة من يعلط به رقابته من المجانين أو الزمنى ، ما يبقى هؤلاء الأشخاص جميعاً في حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نس القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هي التي تلقى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال . وقد يفرض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن في المدارس . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧ ) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسى لا يعتبر مسئولاً لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونيو سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٥٩) .

في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة - وهي سن بلوغ الحلم في الشريعة الإسلامية - يعتبر في حاجة إلى الرقابة إطلافاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته . والذين يقومون بتربيته هم أولاً الأب إذا وجد ، فهو الولي الشرعي على النفس . وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولي النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنتقل تربية الولد . ولو بطريق الاتفاق الضمني ، من ولي النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرر فوق ذلك من قيود التربية . ولم يعد يعيش في كنف أحد . وأصبح يكسب عيشه بنفسه . فلا يكون أحد مسئولاً عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقي يعيش في كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة - وعقب الإثبات هنا على مدعى المسئولية - فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه . قانوناً إن كان ولي النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولاً عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد . أو إلى أن يتفصل في معيشة مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال في المعيشة هنا لا يعني حتماً الاستقلال في المسكن ، فقد يكون الولد مقيماً مع أبيه في مسكن واحد ولكنه مستقل عنه في المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولاً عنه ، وقد لا يكون الولد مقيماً مع أبيه في مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولاً (١) .

(١) وكان القانون المدني القديم ، كما رأينا ، غير صريح في بيان الأحوال والشروط التي يعتبر فيها الأب متولياً للرقابة على ابنه . ومن ثم اضطرت أحكام القضاء في ذلك . فتمتلك من الأحكام ما سائر القانون المدني الفرنسي ( م ١٣٨٤ ) ، فجعل الأب متولياً للرقابة على ابنه ما دام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقيماً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن الأب يبقى مسئولاً مدنياً عن الأضرار التي تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتحقيق هذه المسئولية إلا إدامة القاصر مع أبيه ( ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ م ٩٩٠ - أنظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ١٧٨/٢ م ٣٥١ ) - وقضت كذلك بأن رقابة الأب تقوم على ابنه حتى أمين أو أجنب : أولاً إذا كان الابن ...



ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون في رقابة أحد هو المسئول عنه ، ويكون الأب ، فإن لم يوجد فولي النفس . إلا إذا

= والثاني إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ من ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسبوط المحكمة بأنه لا كان منشأ مسئولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتكون هذه المسئولية ملازمة هذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسي هذه المسئولية في المادة ١٣٨٤ بقدين ، الأول إقامة الوالد مع ابنه ، وثانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب في هذه الأحوال ، وبالتالي فلا مسئولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٣٢ من ٢٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بالأما مسئولية على الأب عن أعمال ابنه الذي بلغ سن الرشد (استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٨٣) .

وهناك أحكام رطت تولى الأب الرقابة على ابنه بن الولاية على النفس وهي خمس عشرة سنة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) إذ نصت في الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تعويض الضرر الناشئ للغير عن إهمال من هم تحت رعايته ... قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التي قررتها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على ما للمشول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإصرار بالغير . وإذا كانت السن إحدى موجبات الحفظ ، فأتى المسئولية من تاحتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقتضي وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة في القانون للولاية على المال ، فإن الحفظ (garde) الذي هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله ، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ، ولا سلطة فيما يختص بشخصه . وإذن ففي دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رقت عليه الدعوى أم لا . فالمحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد التهم على ما تبينته المحكمة من أن التهم قد تجاوزت سنه الحد الذي تنتهي به ولاية أبيه على نفسه ، يكون قد أصاب ولم يخطئ (نقض جنائي في ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٠ من ٣٢٦) . وقضت في حكم آخر بأن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر الوالد مسئولاً عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، وإذا قال إن الابن يبقى في حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ ، لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس ، وينتهي بانتهائها ، ولا شأن له بالمال ولا ببن الولاية على المال (نقض جنائي في ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٣٤ من ٣٢٦ في الخامس ، القضية رقم ٧٥٨ من ٦٣ خنائية - وانظر أيضاً : نشر جنائي في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عامر ٢-٢٧-٤١ =

انتقلت الرقابة اتفاقاً إلى الأم (١) أو إلى غيرها . وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة . فإن ظل يعيش في كنف من يقوم على تربيته بنى هذا مشولاً عنه ، إلى أن يتفصل الولد في معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد .

والولد وهو في كنف القائم على تربيته يكون في مرحلة التعليم . فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه - وقت وجوده بالمدرسة فقط - إلى معلم

واطر تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ - ص ١٦١ .  
وتعليقاً له آخر في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ المدين الأول والثاني . وقضت محكمة الإسكندرية السكينة الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأى الصالحين في الولاية على النفس ، ويكون مشولاً وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتي لا علاقة لها بأمواله ، فيسأل عن عدم احتياجه وإهماله ، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مشول عن جرائمه كما تقضى بذلك المادة ٦٦ عقوبات . وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسئولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانوني ، أي سن الحادية والعشرين (١١ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢١٩ ص ٤٣٠ - آخر أيضاً : محكمة السيدة زينب في ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦ ص ٥٩ - محكمة دكرنس في ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨) .

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه القانون المدني الجديد ، إذ قضت محكمة المطارين بأن مسؤولية الأب عن ابنه لا تقترن بمد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين ، وإنما يحتفظ القاضي بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٣٧ ص ٢٩٩) . ويقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور في صلب حكم محكمة النفس الجنائية في ١٧ ديار سنة ١٩٤٧ مجموعة عامم للنقض الجنائي ٢ - ٢٧ - ٢١ .

ويرى الدكتور سليمان مرقس أن القانون المدني القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسؤولية الأب المفترضة عن ابنه ، وقد تحرم هذه المسؤولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفي كنفه (أنظر تعليق المثار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ . وأنظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٨ - ص ٣٤٤) .

(١) وقد يكون للأب الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال في سن الحضانة ، فني انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده . وقد قضت محكمة بورسعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المشول عن أفعال ولده عندما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات) ، لأن الأب هو وحده الذي يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥ يونية سنة ١٩٢٩ حريت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧) .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم الفاسر مشولة عنه ولو لم تسكن هي الوصية عليه ٧١ ديار سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١١٩ ص ٣٣٢) .

الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة ما دام في المدرسة (١) . وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة . كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولة المتبوع عن التابع (٢) . وإن أخذ الولد يتعلم حرفة . انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتربص على الحرفة . فالترين الفعلي يستخلص منه عقد ضمني . وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع . ومتى فرغ الولد في يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه (٣) . ونرى من ذلك أن الولد ما دام

(١) وقد قضت محكمة النقض ألا خطأ إذا تبنى الحكم تصدير الوالد في ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التي وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده في المدرسة بمنأى عن والده الذي يقيم في بلد آخر وفي رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية الوالد عن أفعال ابنه المضرة بالغير ترتفع عنه متى كان ابنه بعيداً عن رعايته . مشمولاً برعاية المدرسة التي تتولى أمر تعليمه ، فالاعتداء الذي يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الوالد مشمولاً بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هي المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . ولا يكون الأب مشمولاً ما دام ابنه بعيداً عن رعايته مشمولاً برعاية المدرسة ، حتى لو كان الاعتداء الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه التي انتقلت إليه الرقابة .

ومع ذلك قد تتحقق مسؤولية الأب عن خطأ يرتكبه الابن وهو في المدرسة ، إذا كان خطأ الابن مسبوقاً بخطأ ثابت في جانب الأب . وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن الفاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلي ، إلا أن مسؤولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذي ارتكبه الابن كان مسبوقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته ، كالمرور عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية ، واشترى له مسدساً ، وسمح له بحمله داخل المدرسة ، وتقوم مسؤولية الأب بخلاف مسؤولية مدير المدرسة التي ترتبت على عدم رقابة حمل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩) .

(٢) أفقر في مسؤولية المدرسين المفترضة ومسؤولية الدولة التي تحمل عليها في القانون الفرنسي ، ثم في قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذي جعل مسؤولية المدرس في فرنسا تقوم على خطأ واجب الإنبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مديريتها في المسؤولية في بعض الحالات ، إلى ما زو ١ فقرة ٧٨٤ — فقرة ٨٥١ — ٥١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفي وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلميه (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ — الحقوق ٣٢ ص ٢) .

في مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة . وتنقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذي قدمناه .

وقد يكون القاصر بنياً تزوج قبل بلوغها سن الرشد . فننتقل الرقابة عليها من كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذي يكون مسئولاً عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة . لقصره أو لأي سبب آخر ، فإن منولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة . ويكون مسئولاً عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد . ولم تبلغها الزوجة . صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

(٢) البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال في دور التعليم ، وحتى لو بقي يعيش في كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولاً عنه ، لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة . ذلك أنه ببلوغه سن الرشد أصبح في غير حاجة إلى الرقابة . والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة منولى الرقابة على زوجها . متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح في غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلاً كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو بعتة أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولي النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء (١) .

كذلك لو أصيب البالغ من الرشد بمرض أعجزه ، وجعله في حاجة إلى

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب الجنون جراً كان والده مؤاخذاً مدنياً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٩ رقم ٤١ ص ٧٥) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهي تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطيع أن يحدد سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ — هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هي مسئولية التبوع عن تابعه ، وبخاصة إذا لم تركز الزوجة قاصراً) .

الرقابة نظراً لحالته الجسمية ، كأن كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من تولى الإشراف على شؤونه الشخصية . من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولاً عنه ما بقى فى رقبته .

## ٢٤ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

### ٦٦٨ - العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ، لا يقع عليه :

فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه - متولى الرقابة والخاضع للرقابة - وجب لتحقيق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبي الحرية أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه . أما إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية منفرضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى فى وقت يكون فيه التلميذ فى رقابة رئيس المدرسة . فلا يكون هذا الرئيس مسئولاً عن خطأ الأجنبي إلا فى حدود القواعد العامة للمسئولية . فيجب إذن إثبات خطأ فى جانب الرئيس حتى يكون مسئولاً . كذلك لا يكون الرئيس مسئولاً إلا على أساس خطأ يجب إثباته فى جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع فى هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه (١) .

(١) هذا ما لم يعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولاً عما يلحقه التلميذ من الأذى نفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ بوجه خاص فى أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ ص ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلزم قبل أهلهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردمهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية عقدية ترتب عليها بمجرد إصابهم ، وعليها ما يقع عبء إثبات عذرها ، بأن تثبت أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقصيراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ فى شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت =

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً لتقواعد العامة. حتى تتحقق مسؤولية هذا الشخص. وقد تتحقق مسؤوليته في بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ في جانبه ، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة ، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومتولى الرقابة عايه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا ما تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض . قامت إلى جانبها مسؤولية متولى الرقابة . ونرى من ذلك أن المسؤولية الثانية لا تنجب المسؤولية الأولى ، ولكن تقوم إلى جانبها .

### ٦٦٩ - نهاية ما إذا لزم الخاضع للرقابة غير مميز : وقد يكون الخاضع

للمراقبة غير مميز - صلباً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً - فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح في هذه المسألة إذ يقول : « ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضرر غير مميز » . والخطأ الذي وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعدى ، دون ركنه المعنوى أى ركن التمييز . ولذلك وصفه النص « بالعمل الضار » دون العمل غير المشروع أو الخطأ .

والذى يلفت النظر في مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها ، خلافاً للمسئولية عن أعمال المميز . مسئولية أصلية لا تبعية . ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هى مسؤولية تبعية ، تقوم بقيام مسؤولية الشخص

---

= إدارة المدرسة بتنى المسؤولية لم تكن واضحة في تعيين الأمر الذى يطالب من الإدارة إثباته . فقد ذكرت أن الإدارة ثبتت أن مندوبها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى وأن تقصيراً لم يقع منهم . وهذا لا يكتفى ، فالمسئولية عقدية ولا تنفى إلا بإثبات السبب الأجنبي ، لا بمجرد نفي الخطأ ، والذى ينتفى بمجرد نفي الخطأ هو المسؤولية عن الضرر الذى يقع من التليذ لا الضرر الذى يقع عليه . ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتليذ . ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة ، والقوة القاهرة سبب أجنبي تنفى به المسؤولية العقدية . ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه ، لولا التضارب الذى ورد في عباراتها (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مريض في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٦) .

الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز . فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسئوليته قد تحققت فتتحقق تبعاً لها مسئولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولى الرقابة هنا هي مسئولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض في جانب المسئول . ولا تستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولاً إلا لمسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢) (١) .

### المطلب الثاني

#### الأساس الذي تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة

٦٧٠- مسائل أربع : متى تحققت مسئولية متولى الرقابة على النحو الذي قدمناه ، قامت مسئوليته على أساس خطأ مفترض (٢) . والافراض

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد بما يأتى : « ومن الم شروع على أن مسئولية الشخص عما يقع ممن يظن به رقابته تظل قائمة ، ولو كان يحدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم التبع في ظل التفتيش الحالى . بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون في عدم تمييز الفاعل الأصل ، وارتفاع مسئولته تفرعاً على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعية لا تقوم إلا مسندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة ليست من قبيل المسئوليات التبعية ، بل هي مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهي بهذه الثابتة مسئولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذى تقع على عاتقه مسئولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعة عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريق الإصالة مسئولية ذاتية أو شخصية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولاً عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التمدي ، دون الركن المعنوى وهو التمييز . فالعمل الم شروع الذى يصدر من عديم التمييز لا يوجب مساءلة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بعد . وإنما تقوم مسئولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عديم التمييز يعتبر خطأً لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يستوفى العمل الصادر من عديم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المعنوى (أنظر في هذا المعنى تعليقاً للدكتور سليمان مرفص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ - ٣٣٨) .

(٢) ومع ذلك فقد كان القانون المدنى القديم أقل وضوحاً في إنفاذ المسئولية على خطأ مفترض . ومن ثم قضت بعض الأحكام في عهد هذا القانون بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم متى =

هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسؤولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسؤولية بنفى علاقة "سببية" . بأن يثبت السبب الأجنبي . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسؤوليته . ولكن هذه المسؤولية كما رأينا لا تجب مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعة : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينبنى هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينبنى علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئولين فى وقت واحد : مسؤولية متولى الرقابة ومسؤولية الخاضع للرقابة

## ٦٧١ - ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ

المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلاً عملاً غير مشروع . افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته ، فكأنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد . فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته . فهياً له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع (١) . ونرى من ذلك أن القاصر مثلاً إذا ارتكب عملاً غير مشروع . وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه . فالمفروض أن الأب إما

= خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختصة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل ينبغ إثبات خطأ الأب إذا كان أمه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٢٨١ - وانظر أيضاً : استئناف عتظ في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٨٦ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٤٨) . فإذا ترك الأب السيارة لابنه الصغير بالرغم من أن هذا لا ينف من قيادة السيارات ، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف عتظ في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ٢٦٣) . أما القانون الذى الجديد فهو قاطع فى التصريح بأن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض .

(١) أنظر فى هذا المعنى مارو ١٦٧٧ . ويبين من ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه ، فهى ليست مسؤولية عن الغير كمشؤولية المذبح عن التابع ، بل هى مسؤولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلاً .



أن يكون قد قصر في رقابة ولده ، أو أنه أساء تربيته : أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر في الرقابة وأساء التربية .

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا في العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضروب . فهو افتراض قرره القانون لصالح المضروب تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز للمضروب ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ في جانبه (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية القائمة على خطأ المفترض والمسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضروب ألا يعتمد على الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة ، ويتقدم هو لإثبات خطأ في جانبه ، فيستعنه بذلك من نفي الخطأ المفترض . كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية ومسؤولية المتبوع عن التابع . فإذا عمل قاصر في خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسؤوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ في كل منهما مفترض : مسؤولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسؤولية المخدم الذي يعمل القاصر في خدمته وتقوم في بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سئرى . ويجوز للمضروب أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخدم بكل التعويض ، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضروب .

## ٦٧٢ - كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترضه : رأينا أن الفقرة الثالثة

من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتي : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة - وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً في جانبه -

(١) وهذا ما لم يتم في جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لو كان يسوق السيارة فدهس أحد العابرة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

أن ينفي هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة لتجنب من نيطت به رقابته من الإضرار بالغير . فإن فعل ذلك . انتفى الخطأ المفترض في جانبه . وارتفعت عنه المسؤولية (١) . على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية . وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أما . . وينبئ على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة . فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً في جانبه . ولا يلزم للضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية . بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسيء تربية ولده (٢) . وجملة القول إن متولى الرقابة عليه أن أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر من هو في رقابته . وأنه بوجه عام لم يسيء تربيته .

### ٦٧٣ - كيف ينهى متولى الرقابة عمدة السببية : وليس الخطأ في

جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض . بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر من هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ . لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن المضرور إذا أعنى من إثبات الخطأ في جانب متولى الرقابة ، ثم طوّل بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع

(١) وبما يتنافى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يفيب الأبوان وينكحاً ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له في أن يمارس ألباباً خطيرة ، أو أن يتكأ بفرد دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة ( انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ - فقرة ٧٧٧ ) .

(٢) وقد قضت محكمة أسبوط الكلية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أباحت للأبأء درء المسؤولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحوادث التى سبب الضرر . ومن التفتق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسؤولية الأبأء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للعادة وللإلاه لما وقعت ، كسوء التربية والتناضى عن حقوق الأبناء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى ذكرت تفصيلاً شروط مسؤولية الأبأء عن أفعال أبنائهم . على أنه مادام أن مبنى المسؤولية هو واجب التريسة والمراقبة ، فلا محل لمسئولتهم متى تبين أنهم قدما بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل ( ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ من ٤٢٥ ) .

الذى وقع من قامت عليه الرقابة ، لا يضطر وهو فى صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً . إذ تقتضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت فى الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ . ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته . فسلمناه بليسار ما أعطيناه بالبين (١) .

فعلاقة السببية إذن مفترضة . لا يكلف المضرور بإثباتها . ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ فى عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو « أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض فى جانبه . فوقوعه ، بالنسبة إلى متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة (٢) . كان بسبب أجنى ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض فى جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنع ، فلم يكن الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو السبب فى حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه (٣) .

(١) أنظر فى هذا المعنى ما زو ١ فقرة ٧٦٩ .

(٢) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنى بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسؤولية هذا لا تحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسؤولية متولى الرقابة .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث التى وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسؤولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت فى نقطة موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى (القديم) سبباً معفياً من المسؤولية المدنية مادام لم ينس عليها فيه ، فذلك لا يبيأ به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى من خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث التى أتبع الضرر . وبشر ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ . والقول بمحصول الحادث مفاجأة =

ونخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسؤولية . باحد امرين . إما بأن ينشأ الخطأ المفترض في جانبه فينعدم ركن الخطأ . وإما بأن يثبت السبب الأجنبي على النحو الذى قدمناه فينعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبق من احدث الضرر . وهو من قامت عليه الرقابة . مسئولاً عن العمل غير المشروع

== معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذا ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك مدعاة أن قص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتسلاً وتو مع الرقابة الشديدة ( قضى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ العامة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨ ) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية المربي ترتفع إذا حصل الحادث خطأ ، وإنما يشترط فى ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير نابعة عن إهمال ( ١٣ مايو سنة ١٩٣١ العامة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩ ) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب لاعتبار مسؤولية الأب عن فعل ابنه الذى هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الإهمال من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته . أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام راحة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب ( استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ العامة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥ ) . وقضت محكمة التمييز السككية بالألا مسؤولية إلا إذا كان هناك إهمال أو تقصير فى الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مانس بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التمييز . فإذا كان الحادث ليس متوقفاً ولا ممكناً لتلافيه ولا التسكهن بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مباغتة والمراقبة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث ، فلا تكون هناك مسؤولية ( ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ العامة ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠ ) .

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت الضرر خطأ فى جانب متولى الرقابة ، استثنى بذلك عن المسؤولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة فى المسؤولية ، ولا يجدى متولى الرقابة فى هذه الحالة أن يتسك بأن الحادث الذى هو محل المسألة كان نتيجة طرف غائى . وقد قصدت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للمعلم أن يتسك بأن الحادث الذى هو محل المسألة كانت نتيجة طرف غائى ليتخلص من المسؤولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة المقررة عليه . ومن الخطأ تحلى المعلم عن هذه المراقبة وعنده بها إلى تلميذ عمره سبع سنوات ( قضى مدنى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٣٤ ) . وعبارة الحكم غير دقيقة ، والمقصود أنه لا يجوز التسك بأن الحادث كان نتيجة طرف مفاجئ إذا أثبت الضرر تقصيراً فى جانب متولى الرقابة . وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يتحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تنبسط هذا منه ، وقذفه بسن ريشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ ثابتاً فى جانب المعلم ، إذ عهد لتلميذ فى هذه السن بالمراقبة ، فلا يجدى المعلم أن يتسك بأن الحادث مفاجئ . مادام قد ثبت خطأ فى جانبه ( أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سيدان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العدد ١٩ الأول والثانى ) .

النفي صدر منه . وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية (١).

## ٦٧٤- قننام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى

**الرقابة :** وعنى عن البيان أن قيام مسؤولية متولى الرقابة على النحو الذى يبتاه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة . وهو الشخص الذى صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال ، فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ (٢). والذى تجب مراعاته هو ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد . بل يستوفى تعويضاً واحداً . إما من متولى الرقابة . وإما ممن ارتكب الخطأ . وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملىء . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قدمنا . وفي هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشئ على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذى أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثانى . أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز

(١) وقد جاء في الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسؤوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من ينطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر في أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين : فإما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجب عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغى أن يتحمل تبعته ، وفي هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنفى بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفي كلتا الحالتين ترتفع عنه المسؤولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . وينهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسؤوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٨) .

(٢) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفعل ذلك في عمدة أول درجة ، ثم يقتصر في الاستئناف على أحدهما فلا يختصم إلا متولى الرقابة مثلاً (استئناف مختلط في ٢٥ يناير سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية لمحاكم المخططة ٨ ص ٥٥) .

هكذا أن ير . عن من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً رجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه . ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ لأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشئ . لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ . ولا ترتب في ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بينهاها فيما تقدم . يعتبر متولى الرقابة في هذه الحالة هو المسئول الأصلي . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد . إذ تنص على ما يأتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » (١) . والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والتبعية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالمقدور الذى يكون فيه هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه المادة ١٧٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى جلسة القانون الدولى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « في الحدود » بكلمة « بالمقدور » ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره ، استوى هذا الوصف على وجود شخصين يأتان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ النسب إلى كل منهما ، أوهما عدت الضرر وبأى بساء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو التبوع) وبأى على أساس الخطأ القروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاماً مبدئياً دون أن يكونا متضامنين في أدائه (المؤلف : الصحيح أنها متضامنان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصلى والآخر مدين تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على عدت الضرر واحتوف منه التعويض الواجب ، وقتت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاة المدين الأصلي بالدين يدرأ مسئولية المدين التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطى ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدين بأداء التعويض ، كان له أن يقتضيه من أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدى إليه ما احتل من التعويض من جراء هذا الفعل ، وعائل هذا الوضع مركز المدين الأصلي من التكفل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز في عدت الضرر ، كما فرض هذا في الصورة التقدمية . فإذا فرض على التقيض من ذلك أن عدت الضرر غير أهل للسائلة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون في هذه الحالة مديناً أصلياً ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

وسرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض . أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز . ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص .

## المبحث الثانى

### مسئولية المتبوع عن التابع (\*)

(Responsabilité du commettant du fait de son préposé)

٦٧٥ - **النصوص القانونية** : كان القانون المبنى القديم ينص فى المادتين ٢١٤/١٥٢ على ما يأتى :

« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم » .

وكان هذا النص يعيبه أنه لم يحدد علاقة التبعية . وأنه يضيق عن أن ينظم جميع أعمال التابع التى يكون المتبوع مسئولاً عنها .

فجاء القانون المبنى الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٤ على ما يأتى :

١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى

---

(\*) بعض المراجع : زنجير (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - فان دن درايشه (Van den Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - الدكتور حلمى بهجت بدوى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - راديفرنسكو (Raduversesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ - برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ - الموجز للمؤلف  
فقرة ٣٥٠ - فقرة ٣٥٣ - مصطفى مرعى بك فقرة ١٩٣ - فقرة ٢٣٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت بك فقرة ٥٠٠ - فقرة ٥٠٩ - الدكتور سليمان مرقس فقرة ٨٨ - فقرة ١٠٠ .

كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد تجنب العيبين اللذين أشرنا إليهما في القانون القديم . فوسع من دائرة الأعمال التي يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التي تقع من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها . وفي هذا لم يفعل القانون الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصري في هذه المسألة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :  
 ١٥ - يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه . ويكون مسؤولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابه ، ما دامت له سلطة فعلية في الرقابة عليه وفي توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ - ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه كان يستعمل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر .  
 وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : ١٥ - يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابه بعمله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخلًا في أعمال الوظيفة التي عهد بها إليه . ويكون مسؤولاً كذلك إذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ - ويستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز . (المؤلف : سئى أن المتبوع يكون مسؤولاً حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني تجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وقد آثرت اللجنة أن تدرج على متوال القانون القديم في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم . وحذفت من الفقرة الثانية عبارة « وكان يملك أمر فصله » لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازماً من عناصر رابطة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسؤولية ، كما هو الشأن في المتجدين تجديداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يفضى إلى جعل قرينة مسؤولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة ، ولا محل للمدول عما قرره القانون الحالي من جعل هذه القرينة دالة لانقضاء إثبات العكس . وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤١٢ - من ٤٢٠ .



ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه . ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار . وهذا أيضاً ما كان القضاء المصري يجري عليه . ولم يزد القانون الجديد على أن سجله .

فنصوص القانون الجديد في هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص القانون القديم ، لم تستحدث جديداً . بل اقتصر على تسجيل الأحكام التي أقرها القضاء المصري .

ونبحث هنا . كما بحثنا في مسؤولية متولى الرقابة . أمرين : (١) متى تتحقق مسؤولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية .

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسؤولية المتبوع

٦٧٦ - شرطان : تتحقق المسؤولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع . وارتكب التابع في حالة نأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

فتتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

### § ١ - علاقة التبعية

(lien de préposition)

٦٧٧ - عنصران : تقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة . ولكنها لا تقتضي حتماً وجود هذا العقد ، بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم . أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن . في قيام علاقة التبعية . أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع . بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلاً بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدني الجديد ما هو المنصود بعلاقة التبعية . إذ نصت على ما يأتي : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم

يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع (١) .

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

## ٦٧٨ - عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية .

فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار . ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية .

ليس من الضروري أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدمنا أن علاقة تبعية لا تقتضي حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد . بل هو موجود في كثير من الأحوال . ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاقي والسائق والمستخدم والموظف . كل

(١) وقد كان المشروع التهديد بخصم من الفصل . وإن هذا نشر المذكورة الإيضاحية المتموع التهديد ، حيث تقول : « فبراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تعديداً بيناً . فليس من دليمة الأشياء ، لا يتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع في اختيار تابعه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تستتبع عند الانقضاء من أعمال حق الفصل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . وقد رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ حذف حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها . فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المشولية ، كما هو الشأن في المحدين تعديداً إجبارياً أو بين يخصص خدمة شخص معين عن كل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض في عهد القانون القديم ، في بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن صان السيد قانوناً يقوم على مطلة خطئه في اختيار خادمه وفي مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية المحفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيبنهم ، وهي التي تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (نقض في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ مجلة القضائية ١٩ ص ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذي أخذ به القانون الجديد ، فقضت بأن مشولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هي في الواقع تقوم على علاقة التبعية التي تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسره كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحللة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١) .

هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية . حتى في هذه الأحوال . لا تقوم على عقد العمل . فالو أن هذا العقد كان باطلاً . لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضروري أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار . ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ في الاختيار (culpa in eligendo) . ولكنهما نبذا هذا الرأي تدريجاً . فأجازا أولاً أن يكون الاختيار مفيداً . أى محصوراً في أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم . كما إذا كان الاختيار موكولاً إلى مسابقة بشرط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع . كالسفينة تدخل في الميناء فيقودها «مرشد» لا تملك أن تختار سواه . وكمجلس بلدى يقوم بالعمل عنده موظفون تعيينهم الحكومة فلا يد له في اختيارهم . وكما أنه ليس من الضروري أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه . كذلك ليس من الضروري أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين عينتهم الحكومة . فالمجلس لم يختارهم ولا يملك أمر فصلهم . بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم . ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة .

وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية . بل يكفي أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً . ولكنه مادام يستعملها فعلاً . بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف في قيام علاقة التبعية (١) .

## ٦٧٩- عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية

منصبة على الرقابة والتوجيه (٢) . فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة في أن يصدر

(١) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتأمره من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

(٢) استئناف عدلت في ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠

لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً (١) . وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر (٢).

ولا يكفي أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه . فالأب له الرقابة على ولده . ومعهم الحرفة يوجهه صبيه . ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبي تابعاً للمعلم الحرفة . بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع (٣) . وهذا ما يميز المتبوع عن

(١) ومن ثم يكون المندى في الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٤ الحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ من ٦٥٢).

(٢) ومن ثم لا يكون النواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجرة تغطية خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب المارة ، ويكون هذا مشلولاً عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان إعمال من النواب (استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٩٧ م ٩ من ١٤٩ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٤٠ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٢٢ من ٤٩ - وفي ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٥٧ من ١٩٧ - وفي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١) . ولا ترفع مسؤولية صاحب المارة حتى لو استرط في عقد الإيجار إعماله من المسؤولية عن أعمال النواب ، والمسئولية القصيرة لا يجوز اختراط الإعمال منها (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٦٨ - وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٨٥) .

والحال يكون تابعاً لأصاحب الأمتعة التي يحملها فيكون هذا مشلولاً عنه (استئناف مختلط في ١٢ يولية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٣٠٤) . ومصلحة السكك الحديدية تكون مشولة عن الحال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحال يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مختلط في ١٧ يولية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٢) . فإذا لم يكن الحال تابعاً للمصلحة وتسبب في الإضرار براكب ، فإن المصلحة تكون مشولة عن خطئها الشخصي في أنها لم تتخذ التدابير الكافية لرقابة الركاب ، وتكون متضامنة مع الحال في المسؤولية (استئناف مختلط في ١٧ يولية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٢) .

(٣) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، مادام هذا يعمل لحسابه . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التبوع يكون مشلولاً عن عماله الأضراف إن كانوا ولو كان تعيينهم معرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن اثنين بمقرتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لديه بإياله في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة ، والتبوع يأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذي أقام الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذي عين الممرض ومن في حكمه أم كان التبوع هو الذي عين الجميع مباشرة (١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٢٠٣ من ٤٣٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه عمله ، كان التبوع مشلولاً عن ابنه تابعه إذا كان إحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢ يولية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ١٨) .

الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب له الرقابة على ولده ولكن في غير عمل معين . ومعلم الحرفة ومقدم العمال لها الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال في عمل معين . ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل ليتدربوا على العمل . والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل . فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل (١) .

وتراخي علاقة التبعية بتراخي الرقابة والتوجيه . حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية في الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء

== بل قد يكون التابع غير معين، ويبقى المتبوع مسؤولاً عنه؛ وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد، ويكون شأن المتبوع معه في ذلك شأنه مع التابع العسر . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يكفي في مساءلة المخدم مدنياً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فإدام الحكم قد أثبت أن وفاة المجي عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المخدمين (الكسارى أو السائق) اللذين هما تاهان لإدارة النقل المشترك، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنياً تكون متعينة لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها في أثناء تأدية خدمتهم، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تتضح تعيين المخطئ منها . وليس في التزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمسئولية، لأن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث، أما مسئوليتها فمؤسدة على ما ثبت قطعاً من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معاً في السيارة . ولا يشترط لمساءلة المخدم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلاً في الدعوى التى تقام على المخدم، فالنزاع عن محاسبة ورثة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدم، إذ هذا النزاع ليس فيه ما يفيد عدم مسئولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسئولية المخدم (نقض جنائي في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٦ رقم ١٢٧ من ٣٧٢ . وانظر تطبيقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى — وقد أشار الملحق في تطبيقه إلى حكم آخر صادر في هذا المعنى من محكمة الاستئناف في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ من ٥٩٤، وفيه اعتبرت الحكومة مسئولة عن استبدال فئ من رتبة أدنى بقلن من رتبة أعلى ما دام من المقطوع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما في المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الحفراء، فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة، إذ أن مسؤولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسئوليته عن ولده باعتباره تحت رقبته، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنى الخطأ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذى قدمناه .

الجمعية لا يعتبرون تابعين لها . والشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة (١) . والمقاول إذا كان مستقلاً لا يعتبر تابعاً لرب العمل . وهذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاولة (٢) . وإذا أعار شخص سيارته لصديق وترك له زمامها فلا يعتبر

(١) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مختلط في ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ - وفي ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٩) . والمأتمم يبيع منتجات شركة في جهة معينة يعتبر سائقه تابعاً لهذه الشركة إذا كان المأتمم ممثلاً للشركة (استئناف مختلط في ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٠) .

وتعتبر المرسلة تابعة للضبيب الذي تعمل في خدمته (استئناف مختلط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٥ رقم ٨٤ ص ٨٠) - ولا يعتبر الوصي تابعاً للقاصر (استئناف مختلط في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعاً إلا إذا كان الناظر معيماً من قبل المتعنين ، أما إذا عينته وزارة الأوقاف أو القاضي فلا (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ الجمعية الرسمية للمحاكم المختلطة ص ٨٣ - وفي ١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا يكون متبوعاً لأنه ليس شخص اعتباري (استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٠) ، ولأن الوقف لا يلزم في غير حالة المرض إلا بدين أجازاه القاضي ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما فيه صالح الوقف (استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٨٢ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذي لا يعطى المستحقين استحقاقهم في الوقف لا يجعل الوقف مشلولاً عنه (١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٦٦) . ويرى الأستاذ مصطفي مرعي بك أن الوقف يسأل عن الخطأ الذي يقع من الناظر في أثناء عمله المتوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر في أثناء هذا العمل خطأ ضاراً بالنظر كان للضرور أن يرجع على الوقف متضاماً مع الناظر وللاوقف أن يرجع على الناظر بما يدفعه عنه (السؤولية المدنية فقرة ٢٠٩ - ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص معنوي ، إلا أننا نؤثر ألا يلزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو فعلية ، إلا في الحدود التي رسمها الفقه الإسلامي ، فإن الوقف نظام من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو في غير ما تدعو له الضرورة .

والمحارس على الأشياء المجوزة يعتبر تابعاً للمحارز إذا كان هو الذي اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الطامنة ١١ رقم ٣٦٨ ص ٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر (محكمة مصر الوطنية في ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ الطامنة ١٢ رقم ١٣٤ ص ٣٥١ - استئناف مختلط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥ - وفي ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلاً لا تحت رقابة صاحب العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٢٥ ص ٤٣٥) .

اصديق تابعاً لصديقه . ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف

— ١٨٩٩ م ١١ م ١٩٦ — وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٥٩ — وفي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ م ٦٤ — وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤١٥ — وفي ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤٦٠ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ .

وهناك أحكام قضت بأن المفاوض يعتبر تابعاً لصاحب العمل متى كان ينبع اقتصادياً ولو كان مستغلاً عنه في العمل ، كعلم أنظار يعتبر تابعاً لصاحب العمل أو للمفاوض الأصلي ( استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤١٥ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٧٠ ) . ولا تعتبر الحكومة متبوعة للمفاوض ولا تكون مسئولة عن خطئه إذا لم تحتفظ إلا بحق الإشراف العام عليه دون أن يكون لها حق التوجيه والإدارة ( استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٦٠ ) ، وكانت الأحكام القديمة تقضى بقيام علاقة التبعية في هذه الحالة ( محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ العامة ١٧ رقم ٥٤١ م ١٠٦١ — استئناف مختلط في ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٦٢ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ م ٨ ) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم علاقة التبعية والإشراف المصحب بالتوجيه والإدارة فتقوم هذه العلاقة ( استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ — وفي ٧ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٣٢٢ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٩٥ — وفي ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ م ١٤٩ — وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٦٠ ) وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة عن المفاوض على مجرد قوله إنها كانت تصرف على عمل المفاوض دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موصفيها من خطأ في عملية المفاوضة ، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط المفاوضة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلاً فعلياً في تنفيذ عملية المفاوضة بتسييرها المفاوض كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسؤولية ( نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ م ٣٤٠ ) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن مالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا العمل ( قضي مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٣ م ٢٥ ) .

ومتى ثبت أن المفاوض ليس تابعاً لرب العمل ، فلا يكون هذا مسئولاً عنه إلا إذا ارتكب خطأ شخصياً بأن عهد بالعمل إلى مفاوض لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للعمل الفني الذي عهد به إليه ، فيكون صاحب العمل مسئولاً عن خطئه الشخصي لا عن خطأ المفاوض ( استئناف مختلط في ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٥٩ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ م ٣٠٦ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ م ٧ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ ) . ولا يكون المفاوض الأصلي مسئولاً عن تابع المفاوض من الباطن ( استئناف مختلط في ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١١٨ : ولكن إذا ارتكب المفاوض الأصلي خطأ شخصياً كان مسئولاً عنه ) .

عليه في قيادتها اعتبر الولد تابعاً لأبيه (١) . وإذا استأجر صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعاً له (٢) . أما إذا استأجر شخص سيارة بالآجرة ( تاكسي ) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه (٣) . أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون . تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه في العمل الذي عهد به إليه (٤) .

وقد تنوع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك لهم . كانوا كلهم متبوعين

(١) استئناف مختلط في ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٧٥ — وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية للقيادة ، فلا يعتبر أي منهما تابعاً لأبيه (سنتاف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٢٣ — وفي ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضي مصلحة للأب بل يقضي مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مختلط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ من ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولاً عن حادث سيارة ، ولو اضرت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذي وقع بخطئه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الابنة تقبى مع والدتها وليس لها مال ظاهر يسمح بإسائها السيارة (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥١٤) .

(٢) استئناف مختلط في ٨ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٣٦٠ — وفي ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٢٤٩ — وصاحب الجراح ، مسئول عن أخطاء السائق الذي يستخدمه (استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ٧٣) ، حتى لو ذهب هذا وساق سيارة لعميل ليحضرها إلى الجراح (استئناف مختلط في ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمه للنقل إذا كان مستقلاً في عمله (استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ١٨) . ولكن مالك سيارة الآجرة (التاكسي) يكون مسئولاً عن السائق (استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التي يباشرها الوكيل ولو بغير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن الفسخ الذي وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٤٩) . وقضت كذلك بأن المالك مسئول عن الخطأ الذي يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٤٠) . وانظر في مسؤولية الموكل عن وكيله الأستاذ معطى مرعى بك في المسؤولية المدنية فترة ٢٠٤ - - فترة ٢٠٨ .



المستخدمهم . وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين . كالمخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة في أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر . ونكون في هذه الحالة تابعة للمخدوم الذى تقوم بشؤون منزله في الوقت الذى تؤدي فيه هذا العمل (١) . وقد يعبر المتبوع تابعه لشخص آخر . فإذا استبقى المعبر ورقابته وتوجيهه بقى متبوعاً . أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع . مثل ذلك شخص يدير سيارته مع سائقها لصديق . فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له (٢) . وبظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه .

وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية . بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه في المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً (٣) . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه

(١) استئناف مختلط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٢) ويكون الصديق في هذه الحالة متبوعاً عرضياً (commottant occasionnel) : أنظر في مسؤولية التبوع العرضي للدكتور سليمان مرقص على الحكم الصادر من محكمة النقض في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القبضية رقم ١٣ سنة ١٣ قضائية) في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ - ٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهي ، ولو لم يكن هو المالك للسيارة ، فإن الحكم بإلزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحاً (نقض جنائي في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المطلقة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة المطلقة في سيارته (استئناف مختلط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب (نقض مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلي يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر القاول متبوعاً لطبيب إذا نظم القاول عيادة لهاله بالجمان واستخدم فيها الطبيب مكان هذا حائراً على المؤامرات اللازمة (استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) .

حتى من الناحية الإدارية . كأن يكون صغيراً أو غير مميز . فينوب عنه نائبه . من ولى أو وصى أو قيم ، في القيام بالتربية على التابع وفي توجيهه (١) .

## ٢٤ - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها

٦٨٠ - أمراه : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسؤولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأً يضر بالغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٩ : « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تبعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأً يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٦٨١ - خطأ يرتكبه التابع بضرر بالغير . لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية التابع . فإن الأولى فرع عن الثانية (٢) . وحتى تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور . حتى في رجوعه على المتبوع . أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز في بعض الحالات أن تتحقق مسؤولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً في مدرسة أميرية . فتقوم مسؤوليته عن تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا لم يثبت العكس كان مسئولاً بمقتضى هذا الخطأ المفترض . وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يفقد التابع سيارة

(١) وسرى فيما يلى ، عند الكلام في أساس مسؤولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

(٢) محكمة استئناف أسبوط في ٢ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٧/٣ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انقضاء المسؤولية المدنية عن التابع ينفيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (قضى مدنى في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يميز الحكم بالتمريض على متبوعه (قضى جنائى في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩) .

هو الحارس لها . ويدهس أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة . فإن مسئوليته تتحقق في هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة . وتتحقق معها مسؤولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسؤولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك . فإن مسؤولية المتبوع تقوم إلى جانب مسؤولية التابع (١).

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر . وسرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تابعاً لنفس المتبوع . فيبقى المتبوع مسئولاً أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسؤولية، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو في خدمة متبوعه . فسرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

## ٦٨٢- مال تأدية الوظيفة أو بسببها - القاعدة العامة: ويجب أن يكون

التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذي يربط مسؤولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر في الوقت ذاته هذه المسؤولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسؤولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسؤولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستساغ مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتصر على الخطأ الذي يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففي هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذي تبني عليه مسؤولية المتبوع . سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضمناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذي سنبيطه فيما بعد .

(١) وإذا كانت السيارة في المثل الذي نحن بصدده في حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فندفعها هذا إلى تابعه ، ودهس بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذي احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض ، فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ في جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت في جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسؤولية التابع لم تتحقق .

والقاعدة هي أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) . بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (١) . بل يجب . إذا لم يكن الخطأ قد وقع في عمل من أعمال الوظيفة . أن تكون هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة . بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته . أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها (٢) . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر (٣) . علم به أو لم يعلم (٤) . عارض فيه أو لم يعارض (٥) . ويستوى أخيراً أن يكون

(١) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعي بك في كتابه « المسؤولية المدنية في القانون المصري » فقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٩ إلى أنه يكفي أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسؤولية المتبوع عن تابعه - واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لامتياز له في مسؤولية المتبوع ، وأن محكمة النقض في الأقضية التي فصلت فيها كانت في غنى عن تقرير المبدأ على هذا النحو من الامة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (أنظر في هذا المعنى الدكتور سليمان مرقص في تعليقه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٦) .

(٢) وبفعل بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة - مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة في استعمالها واستغلالها - حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، قد اتخيم بينها حتى بينهم . وحتى تتدخل الفروض بعضها في بعض ، ويصعب التفرقة بين فرض وفرض (أنظر المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستمرس هذه الفروض ، ويأتي بأمثال لكل فرض يصعب في بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من الخادم قد وقعت بتعريض من السيد ، وبأن أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في حانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقابته ، وهذا النوع من المسؤولية لا يشترط فيه تعريض من السيد ولا صدور أى عمل إيجابى منه (نقض جنائى في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية المتبوع تتحقق حتى لو كان غالباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائى في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم الذى سبق الإشارة إليه - قانون نقض جنائى في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) أن =

التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي (١). يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذي أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة (٢).

وإذا كان لا يمكن لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى ألا تتحقق هذه المسألة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أية علاقة .

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ في تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذي هيأت له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبي عن الوظيفة .

والخطأ في الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع . ولا يحققهما في الحالتين الأخيرتين . ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

= يقع الخطأ الناجع للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، فتي توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومرافقته ، أو أن الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسئولية إنما هي مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم ارتكب الفعل رغمًا من أوامر سيده (استئناف في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩/٣ ص ٧٣٧) ، وقضت أيضاً بأن مسئولية المتبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلًا بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن إغفاله أوامر سيده (استئناف في ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢١/٢ ص ٨٦٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة السيد ، فقد ترتبت مسئولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢ - قارن نقض جنائي في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١/٣ ص ٤ - محكمة مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٢٨١ ص ٨٢٩ - استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - وفي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(٢) وضعنا الشرط الذي يجب توافره لتحقيق مسئولية المتبوع في هذه الصيغة عمداً ، إذ لا يمكن أن يقال - كما يقال عادة - إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لا يفكر في ارتكابه .

### ٦٨٣ - اخطأ في تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذي يرتكبه التابع .

فتتحقق به مسئولية المتبوع . يقع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فسائق السيارة . وهو تابع لصاحبها . إذا دهم شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة . أى يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه . فيلقى خطأ في الطريق جسيماً لبلد يؤدي أحد المارة . يرتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فيكون المخدوم مسئولاً عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهمة . . فيطعن عياراً نارياً عن خطأ منه فتصيب مقتلاً من المتهمة . يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . وتكون الحكومة مسئولة عنه . والطبيب الذي يعمل لحساب مستشفى . إذا أخطأ في علاج مريض . يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غير هذا (١) .

وقد قدمنا أنه يستوى أن يكون الخطأ في تأدية الوظيفة قد وقع بناء على

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذي يطلق في رعونة عياراً نارياً في أثناء حراسته ليلاً فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يعمل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائي في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ الحاماة ٥ رقم ٦٠٩ من ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذا تركها وبها مفتاح الحركة في عهده تابع آخر مخدومه (خفير زراعة) ، نعمت هذا التابع الذي يجعل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى وأصابت أنجى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يعثر بها ، ويكون المخدوم مسئولاً عن ذلك (نقض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ من ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوضعية بأن الممرض الذي يعمل في خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلاً من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ من ٦٧) . وقضت أيضاً بأن المحضر الذي يعطى في إعلان صحيفة الاستئناف ، وترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ من ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البراب ، إذا تهاون فكأن لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ في عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولاً عنه (استئناف مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٤٠) .

أمر من المخدم . أو بغير أمر منه ولكن يعلمه . أو بغير علم منه ولكن دون معارضة . أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدم . والخطأ في جميع هذه الأحوال هو . كما عرفناه . انحراف عن السنوك المؤلف للرجل المعتاد .

### ٦٨٤ - الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يتركب التابع الخطأ وهو لا يؤدي

عملاً من أعمال وظيفته . ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون التبوع مسئولاً عنه في هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفي القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التي نحن بصدددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد في هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة نقتطعها من أحكام القضاء المصري ، نستخلص المعيار الذي يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفير امرأة متزوجة ، فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفير ، وقالت : « إذا كان الخطأ الذي وقع من المتهم . وضر به المدعى بالحق المدني ، إنما وقع منه بوصفه خفيراً وفي الليل وفي الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التي استخدمته ، وأنه إنما تدرع بوظيفته في التضييل بالجنى عليه حتى طأوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من القتل به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هي التي سهلت له ارتكاب جريمته . فمسئولية الحكومة عن تعريض الضرر الذي تسبب فيه المتهم باعتباره خفيراً معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه (١) »

(١) قض جنائي في ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام القضاء الجنائية . رقم ١٩٦ ص ٣٦٩ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأً بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوها ، لموظف وحده هو الذي يجب أن يسأل عما جر إليه خطأه من الضرر بالغير . فإذا ذهب الخفير مع العدة لإبشال السواقي التي كانت =

(٢) ذهب صراف إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته . فكلف العملة خبيرين بخراسته . فانقض عليه الخفيران في الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت في أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما . فتكون الحكومة مسئولة عنهما (١).

(٣) ذهب كونستابل في مهمة رسمية ومعه مسدسه . فرار في الطريق بعض أقاربه . وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلاً من صبي كان بجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل . وقالت في أسباب حكمها إن المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسئولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدومه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسئولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأة للخادم أدأوه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذي وقع من الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التي هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر (٢) .

(٤) كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه

تعداد لرى التراقي ، وأبلا الساقية التي كان يديرها المجني عليه ووالده ، غير أنه بعد انصراف العدة والخبراء عاد الخفير الأول وأصر على أن يعطى ساقية المجني عليه ، فغلب الجازية وخلع الضيق المثبت بها بواسطة فأس صغيرة ، ولا اعتراض المجني عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً في وفاته ، كان في كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الخفير إنما اعتدى على المجني عليه بدافع الانتقام لإرضاء لفنية سابقة (قض جنائي في ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحللة ١٤ رقم ٤ ص ٥ — وانظر قداً لهذا الحكم في كتاب المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك ص ٢٠١ — ص ٢٠٣)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ التبرائع رقم ٢١٦٦ ص ١١٥ .  
(٢) قض مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة جنائيات أسبوسا في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحللة رقم ٣٢ ص ٣١) بأنه إذا اطلق عيار ناري من بندقة الخفير وهو بيد عن حركه الرسمي ، لغير عمل زسعي ، وكان الخفير يحمل البندقية معبأة في غير الأحوال التي نصت عليها التعليمات ، فلا مسئولية على الحكومة .



سائقين ليشتري بهما «البزين» . فحضر الخادم عاملاً فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البزين . وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه . فقتضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم . وقالت في أسباب حكمها : « السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته . مادامت وظيفته هي التي هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية (١) » .

(٥) ترصد فراش لناظر مدرسته معتزماً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده . واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها . بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت في أسباب حكمها : « إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية وظيفته بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن الخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أسس إساعة الخدم استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم . متكفلاً بما افترضه القانون في حقهم من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها . فإذا ترصد المتهمم عند باب المدرسة التي يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف المحبى عليه منها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) . وتمكن منه في هذه الفرصة واغتاله في هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له - بصفته رئيساً - باب السيارة التي كانت في انتظاره . فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذي وقع على المحبى عليه من خادمها المتهمم (٢) » .

(٦) سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته ، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه (٣) .

(١) نفس جنائي في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النفس الجنائي ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

(٢) نفس جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ يولية سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . ويقرب من هذا ما قضت به محكمة النفس القريب من أن إدارة ليلكان الخديوية =

(٧) ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة التابع آخر لمخدومه (خفير زرع) . فبعث هذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة . وأصاب شخصين في خريف . فعتبرت محكمة النقض المخيم مشولاً عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة (١) .

والشامل في هذه الطائفة من لأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد في كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير في المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تنذيره بوظيفته . والخفيران في المثل الثاني ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكن لهما بحراسته . والكونستابل في المثل الثالث ما كان ليعبث بالمدرس لو لم يتسلمه بتحكم الوصفة . والحامد في المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش في المثل الخامس لم يكن يستطيع اغتيال لاضر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً (٢) . وسعى البريد في المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب أو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة في المثل الأخير ما كان ليعبث بمفتاح الحركة في السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليتطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة. ونعارض بهذا المعيار معيارين آخرين .

== مشوثة عن خطأ « السكساري » ، الذي يستغل وظيفته في تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نفس فرنسي في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيرة ١٩٠٧ - ١ - ٤٧٣) .

(١) قض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ - ٧٠٢ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . ودكرت محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي : « إن إصابة المجني عليها قد نسبت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدي عملاً لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحامد ، وهو السائق لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة في غفلة من الحامد ، وصدم بها شخصاً فقتله ، فإن المخدوم لا يكون مشولاً عن فعله (قض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ من ١٠٥ - واضر نقداً لهذا الحكم للأستاذ . سطلر مرمي بك في المسؤولية المدنية ص ١٩٥ - ص ١٩٦) .

(٢) يضاف إلى هذا الاعتبار في هذا المثل بالذات أن الفرائش لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثاني الذي سنتناول إليه فيما يلي .

قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثاني .

أما معيار القضاء فهو هذا الذي تكرر في الأسباب التي نقلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هي التي ساعدت على إثبات الخطأ وحيات الفرصة لارتكابه (١) . وكانت المحكمة في غنى عن هذا المعيار الذي يفيض عن الحاجة فيما ينسج له (٢) . فليس كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إثبات الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هي أكثر من ذلك ، إذ هي ضرورية لإمكان وقوع الخطأ . وأولاهما لما استطاع التابع أن يأتي العمل الذي جعله مسئولاً .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ (٣) . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوي عليه من إيهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذي نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه .

فتحن إذن تؤثر المعيار الذي قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ (٤) . وهذا هو المعيار الأول في الخطأ بسبب الوظيفة . استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى المعيار الثاني ، نستخلصه من الأحكام التي تنظمها الطائفة الثانية :

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إداري جريمة تحط من كرامة أشخاص

(١) وقد دافع الأستاذ مصطفى مرعي بك عن هذا المعيار دفاعاً شديداً ( أنظر كتابه في المسؤولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص ) .

(٢) أنظر في هذا المعيار تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ١٧٨ .

(٣) أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذي سقت الإشارة إليه . وأنظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

(٤) وقد رأينا فيما تقدم ( فقرة ٦٨٢ في الهامش ) أنه لا يكفي القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، فبذرة العبارة لا يفيد أكثر من قيام علاقة سببية مباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يبره منها جها أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعاً بعامل شخصي ، بل إرضاء للحكومة القائمة ، وابتغاء الزلنى عندها . فقضت محكمة جنابات المنصورة (١) بأن الحكومة تكون مسئولة عن هذا الموظف . وأيدت محكمة النقض (٢) هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولاً عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصلحة سيده . ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريده السيد (٣) .

(٣) نسب إلى عمال أحد المقاتلين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتها ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر (٤) .

(٤) اتهم شخص بالسرقة . فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته . فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت في أسباب حكمها إن ينبغي عليه « كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا ماتعدى

(١) جنابات المنصورة في ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٢١٤ م ٢٧٨ .

(٢) قض جنائ في ٧ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ١٤٨ م ٢٦٧ .

(٣) قض جنائ في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ الحاماة ٥ رقم ٥٠٣ م ٦٠٦ . وقضت محكمة بنى سويف في هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم العمدة على هذا الشخص الآخر ، كان العمدة مسئولاً عن فعل خادمه ( بنى سويف في ٣١ يناير سنة ١٩٢١ الحاماة ٢ رقم ٩٤ م ٢٩٢ ) .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٢٧٤ . أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٠٧ .

هذه الأخيرة عليه بالضرب في هذا الظرف . كان هذا التعدي واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته . ولم يكن التفطيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدني (قديم) . ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على المجني عليه في الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه . لأن نص تلك المادة صريح في فرض المسؤولية على المخدم عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب . ولأن أساس مسؤولية المخدم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص في المراقبة . ويكفي لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله . سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة المخدم (١) .

(٥) اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختصة أن الشركة التي يعمل السائق في خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق (٢) .

والتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطیع أن يردها هي أيضاً إلى أصل واحد . ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . فالموظف الإداري في المثل الأول ما كان ليفكر في الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة في نفسه من الرغبة في تملق الحكومة القائمة . والخادم في المثل الثاني ما كان ليفكر في ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة في المثل الثالث ما كان ليفكر في الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل في خدمة

(١) قض جائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ بموجرة عمر لأحكام التقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩

(٢) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولاً عن عمل سائق عنده هناك عرض طفلة كان مكلفاً بنقلها ( محكمة السين الفرنسية في ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ١٨٧٣ - ٣ - ٧ ) ، وعن سرقة عامل عنده شئاع أحد لزيات ( محكمة السين الفرنسية في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٥ - ٧٥ ) .

الدائرة التي قصد حمايتها . ووكيل شيخ الخفر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب المتهم لو لم يكن من رجال الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالمعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة . ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن يستطيع ارتكاب هذا الخطأ . وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه . لولا الوظيفة (١) .

### ٦٨٥ - الخطأ بمناسبة الوظيفة : وينبغي مما تقدم أن المتبوع لا يكون مسئولاً

إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة . بأن اقتضت الوظيفة على تبسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهية الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقيق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت

---

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرضه المتبوع على هذا الخطأ أو لم يحرضه ، وسواء علم المتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض . ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصي .

وبقي أن نقرر أن مسئولية المتبوع تنفي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن الضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته ، فإن الضرور في هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولاً ، كستخدم في مصرف عمول على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه ، فلا يكون المصرف مسئولاً عنه ( قس جنائي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحلطة ٢٧ رقم ١١٤ ص ٢٩٦ ) . فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يختلس السيارة من سيده لنتزعه بها معاً ، وليرتكب السائق خطأ كان سبباً في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ ( الدكتور سليمان مرقس في الفصل الثاني فقرة ٩٦ ص ١١١ - أنظر أيضاً تعليقاً له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٠ - وأنظر استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٦٦ م ٢٨ ص ٩١ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٨ ) .

ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح . واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب . فإن الأحكام التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس الدقيق . ولقد كان القانون المدني الجديد موفقاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذي يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن « يكون التبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه (١) .

ونأتي بأمثلة للخطأ الذي تهيء الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة . لتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

لو أن سائق السيارة ، بدلاً من أن يعتدى على الراكب معه مما يجعل الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة فيما قدمناه . كان يضمر الحقد للحصم له ، فقصده الانتقام منه ، وتعقبه في الطريق . وانتهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الإضرار بخصمه . سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أي نوع آخر من أنواع

(١) وقد رأينا أن المشروع التمسنى للقانون المدني الجديد قد جرى محكمة النقض فيما درجت عليه من توسع يجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن « يكون التبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . وكذلك فعل المشروع النهائي والمشروع الذي أقره مجلس النواب . ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموافق على النص ، فجعلت « التبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها أنها آثرت « أن تنسخ على منوال التقنين الحالي ( القديم ) في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من تأييد في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالي ( القديم ) » ، فلم تكن نفس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقداراً ما أصابت من التوفيق ( أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣ : — ص ٤٢٠ ) .

الآذى . فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ . بل اقتصرت على تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ في هذه الحالة قد وقع . لا بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أمسك بالسكين التي يستخدمها في عمله . وضمن بها القصاب الذي يشتري منه اللحم لسيده لشجار بينهما نشب بسبب هذا التعامل . كان هذا خطأ بسبب الوظيفة . لأن الطاهي لم يكن ليفكر في الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهي نفسه . لو كان له خصم يريد إيذاءه . فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وضعته بها . لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة . لأن الطاهي لو لم يعد هذه السكين لعر على غيرها . فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ . بل اقتصر على أن تيسر له ارتكابه . وأن تهيئه له الفرصة في ذلك . فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة . بل بمناسبة الوظيفة . ولذلك لا يكون السيد مسئولاً عن عمل الصاوي .

ولو أن الخفير الذي أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة . فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذي قدمناه . لم يتدرع بوظيفته في التضليل بالزوج . بل ذهب إليه في مسكنه . وفي غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً فقتله . لم يكن هذا العمل بخطأ بسبب الوظيفة . لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذي تسلمه من الحكومة . وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته . وهياً له الفرصة في ذلك . فيكون الخطأ الذي وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة . ولا تكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير . وهو يضبط المتهم ، فيطاق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلاً منه . يكون قد ارتكب خطأ في تأدية الوظيفة . فهذا عيار ناري يطلقه الخفير . يكون خطأ : تارة في تأدية الوظيفة . وطوراً بسبب الوظيفة . وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ - الخطأ الأجنبي عن الوظيفة : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولاً عن عمل تابعه . فأولى بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبي عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه



إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطالب بالتعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتل وفى غير أوقات العمل . وأن مرتكبىه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه . فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع . وبالتالي لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه . ما دامت العلاقة رمنية والمكانية منعدمة بينه وبين العمل الذى يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع (١) . وقضت محكمة جنابات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جنائية

(١) قضى مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ . وقد قرر هذا المحكم أن أحكام مسئولة التبوع عن التابع واحدة فى القانون المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٣ من القانون المدنى (القديم) تقتضى مساءلة المخدوم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئاً عن فعل الخادم فى حال تأدية وظيفته (*en exerçant ses fonctions*) ، تلك العبارة التى يقابلها فى المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*) والتميزتان مؤداً واحداً ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى حقتضها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تسويفه — أساسه أن شخصية التبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً . لذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا فى الحدود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه ، وإن كانت على خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصالها بها ، إلا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند التبوع واقتطعت الصلة فيه بينهما لوموقاً ، وأصبح التابع بذلك حراً يفعل ما يريد ويصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده . ذلك لأن مسئولية التبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته إلى تابعه والتسكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا انفلت هذا الزمام من يد التبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان التبوع من ثم غير مسئول عن تصرفاته بحال ما .

وهما يمكن من وجاعة هذه الأسباب ، فإن هناك عملاً للتحفظ فى هذه القضية . ذلك أن القتل كان رئيساً لعمل المصنع ، وقد تولوه انقمامته ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفة للتعليمات . فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفسكروا فى ارتكاب جرمهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره مخدوماً للعمال .

ارتكبها أحد رجال البوليس في وقت كان فيه متغيباً عن عمله في أجازة رسمية (١).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصاحبة لا تكون مسؤولة عن الضرر الذي أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو بصطاد في غير ساعات العمل (٢).

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الذي يتدخل دون حق في عملية تسليم البضائع فيوجه مباشرة أوامر للجماين . ويخالف بذلك اللوائح . ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذي يحدثه الجمالون وهم ينفذون أوامره (٣) . وهنا نرى أن التابع . وهم الجمالون . قد ارتكب الخطأ الأجنبي عن الوظيفة في المكان وفي الزمان اللذين يؤدي فيهما الوظيفة . فليس من الضروري إذن . حتى يكون الخطأ أجنبياً عن الوظيفة . أن يكون منقطع الصلة بها في الزمان أو في المكان (٤) .

## المطلب الثاني

### الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع

٦٨٧—مسألة: متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين

(١) جنابات طنطا في ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ . كذلك لا يكون المخدوم مسؤولاً إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل الذي يقيم فيه بيده عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، أو بدد ودية أو تمن عليها بصفته الشخصية (الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧) .

(٢) استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٧ . وقد تكون «البندقية» التي كان الحارس بصطاد بها سلت له بحكم عمله ، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ ، وتنقل بذلك من خطأ أجنبي عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولكن في الحالتين لا مسئولية على المتبوع .

(٣) استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ — وانظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٩٢ .

(٤) أنظر في هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ — وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشتري له شيئاً من السوق ، فيتشاجر الخادم في الطريق مع آخر ويمتد على ، فلا يكون المخدوم مسؤولاً . وأورد أيضاً مثل الموظف يستقبل في مكتبه وفي وقت عمله دائماً له ، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب . فلا يكون المخدوم مسؤولاً .

تقدم ذكرهما - علاقة التبعية وخطأ في تأدية الوظيفة أو بسببها - قامت هذه المسؤولية على أساس ينبغي تحديده . وهي على كل حال لا تجب مسؤولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .  
فتتكلّم في مسألتين : (١) تكييف مسؤولية المتبوع . (٢) قيام مسؤولية التابع إلى جانب مسؤولية المتبوع .

## ١٥ - تكييف مسؤولية المتبوع

٦٨٨-آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرها حتى تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسؤولية التكييف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .  
وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسؤولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faute présumée) في جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأى كثير من أحكام القضاء . ويمكن الرأى أصبح منتقداً . وكاد يصبح رأياً مرجوحاً . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة (idée de risque) . وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) . وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .  
والمأمل في هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردّها إلى أصليّن . فلما أن تكون مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هي مسؤولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .  
فإذا قدرنا أنها مسؤولية ذاتية رددناها إلى اعتبار في شخص المتبوع : خطأ في جانبه وهذا هو الخطأ المفترض . أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعة . وإذا قدرنا أنها مسؤولية عن الغير رددناها إلى اعتبار في العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فإما أن تعتبر المتبوع كفيلاً للتابع وهذا هو الضمان . وإما أن تعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هي النيابة ، وإما أن تعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .  
والصحيح في نظرنا أن مسؤولية المتبوع عن التابع ليست مسؤولية ذاتية .

بل هي مسئولية عن الغير (١) . ولعلنا هي المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قررره القانون من مسئوليات مختلفة . فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا (٢) . وسنرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هي أيضاً مسئولية ذاتية تقوم على خطأ في جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع . وهذه هي المسئولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هي مسئولية عن الغير . يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول . فكلها تؤدي إلى نتيجة رئيسية واحدة . وإن اختلفت في بعض التفاصيل . ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد . الآراء الخمسة التي سبقت الإشارة إليها : الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

**٦٨٩- الخطأ المفترض :** هذا الرأي هو أقدم الآراء الخمسة . وكان هو الرأي التقليدي السائد إلى عهد قريب . ويتلخص في أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض : خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في الاختيار . أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض أيضاً لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسئولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع . فإما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه . أو قصر في الرقابة عليه . أو قصر في توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً . ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر . وقد قال بهذا الرأي . كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحاكم في مصر وفي فرنسا (٣) .

(١) وقد كنا نأخذ برأى آخر في الموجز (فقرة ٣٥٣) ، فكنا نقول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .  
(٢) أنظر آتفاً فقرة ٦٧١ في الهامش .

(٣) وقد كنا ، كما سبق القول ، بمن يقول بهذا الرأي ، وقد جاء في الموجز (فقرة ٣٥٣) في هذا الصدد ما يأتي : « مسئولية المتبوع عن تابعه ، في الحدود التي ينهاها ، مبنية على خطأ في التوجيه والرقابة » ، وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكفل الدعوى بإثباته . وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع ، فيفرض أن المتبوع قد قصر في توجيه تابعه أو في رقبته حتى وقع منه هذا الخطأ . والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المنفولة لتوجيهه تابعه =

والذى يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى تقييد لا يصح التسليم بها .  
وهما :

= والرافة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه .  
أنظر أيضاً الدكتور حشمت أبو سنيت بك في نظرية الالتزامات ٥٠٩ ( وهو ينتهى بأن  
هذه المسؤولية لا يمكن ردها إلى أساس من النطاق مستقيم ، ولا مناس من التسليم بها كما أرادها  
القانون والقضاء ) . وانظر كذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة نقض أحكام كثيرة في معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به  
هذه المحكمة من أن «ضمان السيد يقوم قانوناً على مظنة خطئه في اختياره خادمه وفي مراقبته  
إياه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهى مظنة قانونية تعفى المضرور من  
إثبات خطأ من الخدم في اختيار الخادم أو في مراقبته . ولا معنى للسيد من الذنب إلا إذا  
أثبت أن الحادث الضار قد نشأ عن قوة فاهرة لاشأن فيها لخادمه أو عن خطأ الخبي عليه  
نفسه » (نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ — ويلاحظ  
أن المحكمة هنا قد أغفلت التنبوع من المسؤولية عند ما ينفي هذه المسؤولية لا عن نفسه هو بل  
عن تابعه ، فتنبع المسؤولية عن التنبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتفاها عن التابع — أنظر أيضاً نقض  
جنائى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١ ) . ومن  
ذلك أيضاً ما قضت به من أن « هذه المسؤولية (مسئولية التنبوع) مفترضة انتزاعاً قانونياً »  
(نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من «أن  
أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب التنبوع من الخطأ  
والنقصير في اختيار التابع أو في مراقبته » (نقض جنائى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المعاماة ٢٠  
رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن التنبوع يجب أن يسأل « على أساس إساءة الخدم  
استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلاً بما افترضه القانون في حقه من وجوب  
مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها » (نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المعاماة ٢١  
رقم ١٨ ص ١٩ — وانظر أيضاً في هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المعاماة ٢١  
رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من «أن مسؤولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار  
من عهد إليهم بخدمته ونقصيره في مراقبتهم ، وهذه (المسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد  
المسئولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يعمل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ  
سببه ، فلم يفترض عموم نص المادة ١٥١ ( التدعية ) » (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦  
مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد أن مسؤولية التنبوع مبنية على خطأ  
مفترض . من ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى من « أن المشروع جعل  
من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسؤولية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك  
ما وقع في لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسؤولية التنبوع إذا كان غير محرم  
« فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور انتزاع الخطأ في جانب  
غير الممر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة =

(أولاً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . لأمكن للمتبوع في القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية . أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض في جانبه<sup>(١)</sup> . وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفي علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو . فيتخلص من المسئولية . ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه . بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول . ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع<sup>(٢)</sup> . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر<sup>(٣)</sup> . ولو أنه أثبت ذلك . فتنفى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم . لبقى

== القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن «خطأ الخادم معروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٩ — أنظر أيضاً ص ٤١٨) . ولا طعن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها في أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض ، تفيد الفقه في اجتهاده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية في ظل القانون الجديد .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٩١١ — ديملوبس ٨ فقرة ٦١٠ — لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها — بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك نرى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى في فرنسا في هذه المسألة . وانظر في الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى ما زو ١ فقرة ٩٣١ في المامش .

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (أنظر أيضاً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ في جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع نفي المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع نفيها بنفى علاقة السببية .

(٢) أنظر في هذا المعنى : قض جنائى في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) ، وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة « يقضى إلى جمل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة ، ولا محل لتعديل عما قرره القانون الحالى (القديم) من جمل هذه القرينة فطمة لا تقطع بإثبات العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) — وفى هذا حد وضع بين نفي الخطأ ونفى علاقة السببية .

مع ذلك مسئولاً عن تابعه . وفي هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلاً ، إذ أن المسئولية التي تقوم على خطأ . حتى لو كان هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل لإثبات العكس . ترتفع بنى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسئولية المتبوع لا ترتفع بنى هذه العلاقة (١).

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ في جانبه ! وفي الحالات النادرة التي يكون فيها غير المميز مسئولاً ، تكون مسئوليته قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولاً عن تابعه ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه (٢) أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم . في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه . وهذا ما قضت به محكمة النقض في مصر في حكيم معروفين (٣) . وفي ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

(١) على أن هناك من التقنيات الحديثة ما يقيم مسئولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل لا يتشدّد في هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع هي الخطأ (أظن في هذا المعنى التقنين الألماني م ٨٣١ وتحتن الالتزامات السويسرى م ٥٥٥ والتقنين الصيى م ١٨٨ . ويصل التقنين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المضرور مطالباً بإثبات الخطأ في جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التقنيات الجرمانية أكثر تساهلاً في مسئولية المتبوع من التقنيات اللاتينية ، فهذه لا تجيز للمتبوع حتى أن ينفى علاقة السببية (أظن التقنين الفرنسى م ١٣٨٤ فقرة ثالثة - المشروع الفرنسى الإبطال م ٧٩ - التقنين المصرى القديم م ١٥٢/٢١٤ - التقنين المصرى الجديد م ١٧٤ - تقنين كوبيك م ١٠٥٤ فقرة ٧ - وعلى هذا التهج سار التقنين البولونى م ١٤٤) .

(٢) أظن أنّها فقرة ٦٧٩ في آخرها .

(٣) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل في ماله عن خطأ خادمه عملاً بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ س ٨) . وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه «يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ عن غير أعمال خدمه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم» ، فقد أذنت أنه لا يقتضى ثبوت أى تعصّب أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفي تطبيقها أن يكون الخطأ الناتج المضرور قد وقع من التابع =

٦٩٠- تحمل التبعة: قال بهذا الرأي الفقهاء الذين يجعلون مسؤولية المتبوع

مسئولية ذاتية . دون أن يقيموها على الخطأ (١) . فإدام المتبوع مسئولاً مسؤولية ذاتية . وما دام لا يفترض خطأ في جانبه . فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغم .

وهذا الرأي فيه مزيتان يتجنب بهما العيين اللذين لاحظناهما على الرأي الذي يقول بالخطأ المفترض . فهو أولاً لا يميز للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر ، إذ المسؤولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسئولاً لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسئولاً حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يميز قيام مسؤوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأي يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدي إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولاً) لو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، ففيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة

== أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع . وإذا صح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وله أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أي خطأ في حقه ، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيسكوث للدراك والتمييز حساب ، وإنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله في خدته (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجامعة ٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

أما ما ورد في الأعمال التحضيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثبتت مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز في لجنة المراجعة ، «فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور انتزاع الخطأ في جانب غير المميز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا يعتبر تفسيراً صحيحاً لأحكام القانون المدني الجديد في هذه المسألة .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ - ديموج ٥ فقرة ٨٨٢ - سافاتييه ١ فقرة ٢٨٤ وما بعدها - دالان (Dallant) في تعليقه في دالورز ١٩٣١ - ١ - ١٧١ - بلانيول في المجلة لانتقادية سنة ١٩٠٩ .

وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .



حطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر . سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ . كان ينبغي أن يحقق مسؤولية المتبوع تطبيقاً مبدأً تحمل التبعة . ما دامت هذه المسؤولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع . فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك . وأن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة . وتحققت هذه المسؤولية فوق المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه . فيكون قد أخذ مقابلاً لما أعطى . فقيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا نرى . على النقيض من ذلك . أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأً تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع . بما تقتضيه هذه المسؤولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

والحق أن مسؤولية المتبوع ليست مسؤولية ذاتية كما سبق القول . فهي لا تقوم على خطأ يفترض في جانب المتبوع . ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها . وإنما هي مسؤولية عن الغير . المتبوع فيها لا خطأ في جانبه ، ولكنه يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

## ٦٩١- مسؤولية عن الغير - الضمان والنيابة والحلول : فالمتبوع إذن

مسئول عن التابع مسؤولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان (١) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر . ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه

(١) أنظر في هذا المعنى ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٢٦ - يسون في تعليقه في دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٣ - شوفو فقرة ٢٣ - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص ٤٨ وما بعدها .

على التابع ، وما دام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع هى التى تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضروب أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق .

ويقسمها فريق ثان على أساس النيابة (١) . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع فى فكرة النيابة الذى أشرنا إليه من قبل . فكما يلزم النائب الأصل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته ، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية — أى ما يرتكبه من خطأ — فى حدود تبعيته . فالحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية فى وقت معاً .

ويقسمها فريق ثالث على أساس الحلول (٢) . فالتابع قد حل محل المتبوع . وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة . فكأنما المتبوع هو الذى ارتكب هذا الخطأ . أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فاقتراف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترعه (٣) . ولا بد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل محل المتبوع فى

- 
- (١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ — محكمة النقض الفرنسية فى ١١ مايو سنة ١٨٤٦ دالوز ١٨٤٦ — ١ — ١٩٢ .
- (٢) أنظر فى هذا المعنى مازو ١٠٠ فقرة ٩٣٥ — فقرة ٩٣٩ — تيسير (Toissier) رسالة من أ. كس سنة ١٩٠١ م ٢٥٦ — كولان وكابتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٣٥٠ — بلانول وريبير ٢ فقرة ١١٢٥ — الدكتور سليمان مرقس فى الفصل الضار ص ١١٥ .
- (٣) ويرى أن أساس مسئولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة هو الخطأ الفترض ، وإذا كان الخطأ قد وقع مجاوز الحدود الوظيفية كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة .
- (٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسئولاً قانوناً عن خطأ تابعه ولو لم يرتكب هو أى خطأ شخصى ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥) .

وقضت محكمة النقض فى حكمها بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن المادة المذكورة ( ١٥٢ م مدق قديم ) إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر =

التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز . انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول . فأصبح هذا مسئولاً كذلك . واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير - على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان - يجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه . ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر . فالتزامه التزم بتحقيق غاية لا التزم ببذل عناية . وهذا الاعتبار يميز أيضاً استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز ، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولاً . وبذلك نتجنب العيين الذين كانا السبب في نبذ فكرة الخطأ المفترض .

## ٦٩٢- الاقتصار على المعرفة فيما بين المتبوع والمضروب: ومزية أخرى

لتكليف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير ، هى أن هذا التكليف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضروب . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضروب . وفى حدود هذه العلاقة دون غيرها - علاقة المتبوع بالمضروب - يقوم هذا التكليف .

فلا يقوم فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلاً على المتبوع عند رجوع هذا عليه كما سئرى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضروب ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يودى وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعاً . وهذا ما يدعى فى القانون الإنجليزى باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

## ٦٩٣- امتناع مسؤولية المتبوع مع مسؤولية من نوع آخر: وقد يكون

== قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى ( القديم ) أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء - على كثرة ما قيل فى صدد تبينه - أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يتران شخصاً واحداً . ( تقضى مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ من ٤٣٦ ) .

المتبوع مسئولاً كمتبوع ومسئولاً على وجه آخر في وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقاً ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولاً كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق . فيكون مسئولاً بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضروب وشأنه في اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً . حتى يعنى نفسه من إثبات الخطأ في جانب السائق .

## ٢٨- قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤- **فيما بين المتبوع والمضروب** : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل . فمسئولية التابع - وقد ثبت في جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعاً - تقوم إذن إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هي الأصل كما قدمنا . وينبئ على ذلك أن المضروب يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك في الخطأ . فصح للمضروب أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له في هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضروب أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر في أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة . واحداً أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون (١) .

(١) وقد قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادم باشتراكه مع آخر ، كان المخدوم مسئولاً أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن ( اسكندرية الكلية الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣ ) .

## ٦٩٥- فيما بين المتبوع والتابع : فإذا رجع المضرور على التابع دون

المتبوع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع . فله المتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر» (١) . وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام في مسؤولية متولى الرقابة . وبيننا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع (٢) . وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض . أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هي حدود مسؤولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع في الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما في علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التي قررناها عند تعدد المسئولين . وهذه هي حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهي حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التي تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، في العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه في الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة . فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور كما سبق القول (٣) .

(١) أظن تاريخ النص آخفاً (فقرة ٦٧٤ في المامش) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسؤولية المتبوع هي وحدها التي تتمتع بمسئولية عن الغير ، أما مسؤولية متولى الرقابة فهي مسؤولية ذاتية تنتهي إلى أن تكون مسؤولية عن الغير . فهي إذن ابتداء مسؤولية ذاتية ، وانتهاء مسؤولية عن الغير . أما مسؤولية المتبوع فمسئولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(٣) وقد قضت محكمة النفس في هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدم مسئولاً عن الفعل الضار الذي يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبني على مجرد افتراض قانوني في حق المخدم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر . ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدمه أيضاً . فإذا كان المخدم لم يقع منه أي خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والتهمين معه . أنتم بدفعه المدعى بالحقوق المدنية تقييداً للحكم =

ويقع كما قدمنا أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع . لأن الأول يكون عادة هو الملىء . ففي هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضامناً في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع . والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معاً . أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور (١) .

ويثبت المضرور عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا . فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يعود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولاً نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، كأن يكون معلماً مسئولاً عن تلميذ ولم يستطيع نفي الخطأ المفترض ، أو يكون سائق سيارة احتفظ بحراستها فصار مسئولاً نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل لإثبات العكس ، ففي هذه الحالة لا يحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض . فهل يستفيد المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفى بالخطأ المفترض في جانبه . لأن هذا الخطأ المفترض . في الحالة التي نحن بصدددها ، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والمضرور . لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

== الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا لمصلحة من وقع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل ممن اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون المناط فيه مبلغ جسامه الخطأ الذي ساء به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ذلك ممنعاً ، فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوي عن الضرر الذي تسببوا فيه (هــ جنائي في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٧٩ ص ٢٣٧) .

(١) أنظر الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص ٢١٤ - وقد أشار إلى حكم في هذا المعنى لمحكمة النقض قضت فيه . بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثته من أضرار للدعي بالحق المدني وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع التهم لأنه من رجالها وهي مشغولة عن فعال رجالها ومتضامنة معهم في تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى التهم في حالة الحكم للمدعين بالتعويض . فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها ، كان قضاؤها بذلك خاطئاً في تطبيق القانون ، ويتعين نقضه . (هــ جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر لأحكام النفس الجنائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

## الفرع الثاني

### المسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦- **مادتين** : بعد أن فصلنا حالتى المسئولية عن عمل الغير ،

نتنقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحى منها وغير الحى . ذلك أن الشخص يسأل عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :

الأولى - مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والثانية - مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر .

والثالثة - مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب

حراسها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر .

وتنظم هذه الحالات الثلاث فكرة **الخطأ فى الحراسة** (faute dans la garde).

فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه فى

الحراسة . والخطأ فى الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشيء بقل

من يده .

## المبحث الأول

### مسئولية حارس الحيوان (\*)

٦٩٧- **النصوص القانونية** : كان القانون المدنى القديم ينص فى

المادتين ٢١٥/١٥٣ على ما يأتى :

(\*) **بعض المراجع** : مازو ٢ فقرة ١٠٢١ - فقرة ١١٣٢ - بلانيول وريبير وإسمان ١

فقرة ٥٩٢ - فقرة ٦٠٦ - بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٠٥٨ وقرة ١٠٦٣ -

فقرة ١٠٨٣ - كولان وكايتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ -

جوسران ٢ فقرة ٥١٥ - فقرة ٥٢٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٨ -

الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٥ - فقرة ٢٥١ - الدكتور

حشمت أبو سنيت بك فقرة ٥١١ - فقرة ٥١٥ - الدكتور سليمان سرفس فى الفعل

الضار فقرة ١٠٢ - فقرة ١٠٦ .

« وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور . سواء كان في حيازته أو تسرب منه » .

وقد نقل القانون المدني الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا في الصياغة ، فنصت المادة ١٧٦ من هذا القانون على ما يأتي :

« حارس الحيوان . ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب . ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (١) » .

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم ، وأوسع إحاطة بأحكام المسؤولية التي نحن بصدددها (٢) ، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قدمنا .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وأقرت لجنة الرجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدى . وأقره مجلس النواب . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة « حارس الحيوان » قد تشبه بالحراسة بالمعنى القهوم ، وقد يفرج عنها المالك ، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتي : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له » فأضافت عبارة « ولو لم يكن مالكا له » بعد عبارة « حارس الحيوان » لتجبر أن اصطلاح حارس الحيوان لا يبنى اعتبار المالك حارساً إن توافرت الشروط المقررة في هذا الشأن . وقد اقترح على اللجنة الاستعانة عن اصطلاح « الحارس » باصطلاح « التمتع » ، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تعبير « حارس الحيوان » قد يتسع نطاقه لصور أخرى لاتدرج تحت الصور المقترحة ، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة وهى مرنة ، ومن غير المرجوب فيه حصرها في حدود صور مخصوصها ، وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيّد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٣ — ص ٤٢٨) .

(٢) وقد جاء في الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تفصيل نص القانون الجديد ما يأتي : « يعتبر هذا النص متقدماً على نظيره في نصوص التقنين المصرى الحال ( القديم ) من ناحيتين : (١) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة ، وجعل حارس الحيوان مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لا تقتلخ إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ إذ تنص على إلزام « مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور » . وقد جهد الفقه الحديث في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهاوت . فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية . والثانية دون الأولى هى التى تبنى عليها المسؤولية ، وعلى هذا النحو بسأل مالك الحيوان متى كانت له =



ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

## المطلب الأول

متى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان

٦٩٨- شرطه لتحقيق المسؤولية: تتحقق هذه المسؤولية إذا تولى شخص

حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير . فعندئذ يكون حارس الحيوان مسؤولاً عن هذا الضرر .

فتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شـطين : (١) تولى شخص حراسة حيوان (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

= الحراسة القانونية عما يحدده هذا الحيوان من ضرر للرئيس الذى استخدمه للغاية به . وقد عني التقنين اللباني بالنص على هذا الحكم في عبارة صريحة ، ففضى في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن « تلك المسؤولية ترتب ، ولو كان الحارس المضروب قد ارتبط من قبل بمقدم العقود ، كإجارة الأشخاص مثلاً ، ما لم ينص على خلاف ذلك » . ويراعى أن الحراسة القانونية تقال قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب . (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساساً لمسؤولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصرى على اتباع هذا الرأى ، رغم أن المادة ١٥٣/٢١٥ من التقنين المصرى لم تذكر شيئاً في هذا الشأن . وقد وقتت التقنيات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التى تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فيض هذه التقنيات يبيع لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه ألزم الحجة الواجبة لئله من الإضرار أو لرقابته ( المادتان ٨٦/٩٤ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالى ، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألمانى ، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوى المعدل ، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البلجيكى ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصينى ) . وبعضها لا يبيع إلا لإثبات السبب الأجنبى ( المادة ٨١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ١٢٩ من التقنين اللباني ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسبانى ) ، وهذا هو ما اختاره القضاء المصرى والقضاء الفرنسى . ويتوسط التقنين البولونى هذين الرأين ، فيكفى من حارس الحيوان إقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم ( ١٤٨ م ) ومع ذلك فهو يجهز للحكمة رغم قيام هذا الدليل أن ترم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار الضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص ( المادة ١٤٩ في فقرتها الأخيرة ) . ولم يبع المشروع إلا لإثبات السبب الأجنبى اقتداء بما جرى عليه القضاء المصرى في هذا الشأن ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٤ - من ٢٥ ) .

## ١٤ - حراسة الحيوان

٦٩٩- تحليل هذا الشرط : لا تتحقق مسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «الحيوان» .

٧٠٠- الحراسة (la garde) : قدّمنا أن الخطأ في الحراسة هي أن يترك حارس زمام الشيء يفلت من يده . فحارس الحيوان إذن هو من في يده زمام الحيوان . فتكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته . ويكون هو المتصرف في أمره . سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق . أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية . ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فليس حارس الحيوان هو ضرورةً مالكة . فقد ينتقل زمام الحيوان - السيطرة الفعلية في توجيهه وفي رقابته وفي التصرف في أمره - من يده إلى يد غيره . فيصبح هذا الغير هو الحارس . وليس الحارس هو ضرورةً المنتفع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية في توجيه الحيوان وفي رقابته . وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس . ما دام لا يملك التصرف في أمره وليس له سيطرة فعلية عليه في توجيهه وفي رقابته . وليس الحارس هو من يكون الحيوان في حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة . فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعي ولا السائق ولا الخادم ولا السائس (١).

(١) ويجب أيضاً أن نشهد -مبارين- أحدهما قال به الأستاذان مازو ثم عدلا عن قولهما، والآخر قال به محكمة النقض الفرنسية .

قد كان الأستاذان مازو يميزان بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique)، بعلان الحراسة القانونية، وهي حق يعطيه القانون للشخص في السيطرة على الشيء، هي التي تنبئ عليها المسؤولية . وقد عدلا عن هذا الرأي على أثر حكم محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المحترمة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١ - ١ - ٢١٧) - وانظر مازو ٢ فقرة ١٠٨٧ وفقرة ١١٠٩ ، وأخذ الأستاذان بمعيار السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة .

أما محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المحترمة فقد قضت في الحكم الذي أنشأنا إليه بأن حرس الشيء هو من يشتمل الشيء بنفسه أو بواسطة تابع له الاستمالة الذي يلائم ممارسة = (celui qui, par lui-même ou par ses préposés, fait l'usage que...

فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذي قلناه ، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من يده رماحه . فملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف في أمره . ونص القانون المدني الجديد يتفق مع هذا المعيار ، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على أن «حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر (١)» .

وإذا أردنا أن نطبق معيار «السيطرة الفعلية» تطبيقاً عملياً أمكن أن نفرقه على الوجه الآتي :

مالك الحيوان هو في الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذي يملك زمامه في يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف في أمره . ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلاً مالكه . فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس . بل المالك هو الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر . وإذا أثبت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب ، كان هذا خطأ في الحراسة (faute dans la garde) ، ويكون مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : «حارس الحيوان ، ولو لم يكن

= (comporte l'exercice de sa profession) وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذي استعمله القانون المدني الفرنسي في المادة ١٣٨٥ ، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert) ، وقصدت به أن توفق بين عبارة القانون الفرنسي والتعليل الصحيح لحق الحراسة . ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذي يلائم ممارسة مهته تكون له في الغالب السيطرة الفعلية عليه في توجيهه ورقابته فينفق المعياران ، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة ، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان في يد غيره الذي تستعمله الاستعمال الملائم للمهنة .

(١) وقد جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير ، فقيل : «إن التشريعات الحديثة تشمل هذا الاصطلاح (الحراسة) في هذا المقام ، وقد استقر في لغة الفقه القانوني الحديث الذي جهد في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرباك أو التهاوت ، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى . هي التي تبنى عليها المسئولية ، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالبطرة الفعلية ، وعلى هذا النحو يؤول مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرئيس الذي استخدمه للمهنة به» (بمجموعة الأعمال التعضيرية ص ٢٢٦) .

مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر . ولو ضل الحيوان أو تسرب .  
ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان في الطريق دون رقيب . كان  
مسئولاً عما يحدث من ضرر .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى . فإن كان قد انتقل رغم  
إرادة المالك أو دون علمه . كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان . أو إلى  
تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية . فإن السيطرة  
الفعلية على الحيوان تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير . ويصبح  
السارق أو التابع الذي استولى على الحيوان لنفسه الخاص هو الحارس . ويكون  
هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . ومن ثم نتيين أنه ليس من الضروري  
أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون . ففي المثالب  
اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع المسيطر على الحيوان سيطرة  
غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك . وكان  
الغير تابعاً للمالك كالسائق والسائق والخدام والراعي . فالأصل أن انتقال  
الحيوان إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان . إذ الغالب  
أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه .  
فبيد المالك في هذه الحالة هو الحارس . ولكن لا شيء يمنع في بعض الحالات  
من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع . كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه  
لخيل (jockey) يجرى به في السباق ، فإن الخيل في هذه الحالة من وقت أن  
أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به في السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية  
على الحصان وأصبح هو الحارس ، فيكون مسئولاً مسئولية الحارس .  
ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبوع .

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو  
المستعير ، انتقلت في الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية  
على الحيوان ، إذ هو في سبيل الانتفاع به بمسك زمامه في يده وله حق التصرف  
في أمره ، ومن ثم يكون هو الحارس . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع  
لا لينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاج . كصاحب الاصطبل وصاحب

الفتنان والطبيب البيطرى . فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعنية تنتقل إلى هذا الشخص . ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبق المالك فى هذه الحالة السيطرة الفعنية على الحيوان فى أثناء الوديفة أو وقت العلاج . فبئى هو الحارس (١) .

### ٧٠١ - الجبوانه : أى نوع من الحيوان . مستأنساً كان أو متوحشاً .

كبيراً أو صغيراً . خطراً أو غير خطر . يكون حارسه مسئولاً عنه . فاللدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمير وجمال ومواش . والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقرودة . والدواجن والطيور ، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفرسة كالسباع والثور والفيلى وغيرها ، كل هذا يكون حارسه مسئولاً عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص .

(١) أنظر فى هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١١٠ : - فقرة ١١٠٨ - ورى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الذى تنتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به ، لأنه وهو ينتفع به يحيط بخصاله وطبائمه ، أما من يحوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلى كل حيوان يرد إليه ، كالراعى واليطار والطبيب البيطرى وشركات النقل ، فلا تنتقل إليه الحراسة (المشولية المدنية فقرة ٢٤٥) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩) . فلا يصبح المالك مسئولاً متى سلم الحيوان إلى شخص آخر ينتفع به ويستخدمه لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة ، والمالك هو الذى يكون مسئولاً (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) . ولا يكون المالك مسئولاً إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق) . ولكن مالك الحيوان يكون مسئولاً عن خطأ تابعه كالتائق (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بعربة آخرى ركب هو ومصدق له ، وركل إلى الصديق القبادة فى مكان مزدحم ، كان صاحب الخيل هو المشول ، وبخاصة إذا كان صديقه يقود تحت إشرافه لضعف بصره ولعدم معرفته بطباع هذه الخيل (استئناف وطنى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٧ ص ٦٠) .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد بين حيوانات متعددة ، ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كان جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى حراستهم متضامين فى المشولية . فإذا ترك صاحب الكلاب كلبه طليقاً فى الطريق العام ، فاختلط بكلاب أخرى ، وأصيب مار من هذه الكلاب ، ولم يعرف أى كلب عضه ، فأصحاب الكلاب جميعاً مسئولون بالتضامن (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٥ رقم ٣٠ ص ٦٦) .

كالمواشي المنحقة بأرض زراعية . ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولاً عنها . ولا عبرة بأنها تعد عقاراً .

ولسكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فجثة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حي لا حيواناً . والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير حي لا عن حيوان . فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدني الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والطير الذي لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . والجراد إذا أصاب زرعاً فأتلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه أثار الجراد بغطاءه .

## ٢٥ - إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢- **تحمل هذا الشرط :** حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان . يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير . فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal) . ويكون هناك أمران نتكلم فيهما :  
(١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذي يحدثه .

٧٠٣- **فعل الحيوان :** يجب أن يكون الحيوان هو الذي «أحدث» الضرر . أي أن يكون قد أتى عملاً إيجابياً كان هو السبب في الضرر . أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون للحيوان دور إيجابي . كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حي فجرح ، أو سقطت جثة حيوان ميت على إنسان فأصابته بالضرر ، فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان . إذ لم يكن للحيوان في ذلك إلا دور سببي .

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابي في إحداث الضرر . فليس هذا معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالاً مادياً بالجسم الذي ألحق به الضرر ، بل يكفي أن يكون هو السبب الإيجابي لإحداثه . فلو خرج حيوان مفترس في حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام . فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمس الحيوان . فهذا الضرر يعتبر من فعل

## الحيوان

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر في إحداث الضرر . كما إذا كان المتسبب المباشر في الإصابة هي المركبة التي يقودها الخيوان . فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح ، فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو بمتطيه . فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان ؟ ولا شك في أن القول برأى من هذين الرأيين ترتب عليه أهمية عملية كبيرة . إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان . فلا يفترض الخطأ . بل يكلف المدعى إثباته طبقاً للقواعد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان . كان هناك خطأ مفترض في جانب الحارس . ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ . وقد سار القضاء الفرنسي مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان (١) . وتابع القضاء المصري القضاء الفرنسي في ذلك (٢) . ثم عدل القضاء الفرنسي عن هذا الرأي . واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان (٣) . وهذا هو الرأي الصحيح ، لأن راكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تعمدتها . فإن اعترف بذلك ، وهذا غير محتمل ، كان الخطأ ثابتاً في جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده ، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان (٤) .

٧٠٤ - الضرر الذي يجرم الحيوان : أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولاً عنه . فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله ، وإذا أثلف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المالا حيواناً مثله ، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث

(١) قس فرنسي في ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٢ - ١ - ٢٨٦ - وحكم آخر في ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٩٩ .

(٢) استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣ .

(٣) قس فرنسي في ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٧٧ - وحكم آخر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ سيرة ١٩٣١ - ١ - ١٢١ .

(٤) مازو ٢ فقرة ١١٢٢ .

به ضرراً (١) ، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض ، فكل هذه تعتبر أنصراً ، أي يكون حارس الحيوان مسئولاً عنها .

والضرر الذي يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الغالب ، وقد يقع على الحارس نفسه ، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس ، وقد يقع على الحيوان ذاته أي أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر .

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير ، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض . وهذه هي الصورة المألوفة في المسؤولية عن الحيوان .

ويعتبر في حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة . فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائمه أو بسائقه ، فقد تقدم أن المالك في هذه الحالة يعتبر في الأصل أنه هو الحارس ، ويكون مسئولاً تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض (٢) . وإذا كانت هناك علاقة عقدية ما بين حارس الحيوان والمضروب ،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا عض كلب إنساناً ، ولم يكن الكلب موضوعاً في قيد بل ترك طليقاً في الحديقة مع أنه كلب خطر ، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان المضروب يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(٢) وقد قضت في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربي» في أثناء خدمته بجرح بليغ من حصان مخدومه ، وكان عالمياً يبيع الحصان ولكنه كان يحتاط لنفسه ، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكائاً على المادة ١٥٣ مدني (قديم) ، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء والقدر (استئناف وطني في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية ، في مسؤولية صاحب جمل عن جله الجمال عندما كان يقدم له الطعام ، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعني الجني عليه من عبه الإثبات ، سواء كان الجني عليه هو العامل الذي يقود الحيوان أو أجنبياً عنه ، ولا يسقط هذا الافتراض القانوني قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه ، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو خطأ الجني عليه . وإذا يكفي أن يستنتج خطأ الجني عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على العنق وأنه لا بد لذلك أن يكون قد أسى إليه ، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة ، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً في جانب المالك (استئناف مصر الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً في قضية مماثلة ، سلم فيها صاحب الجمل جله إلى أجير عنده لقيامه بفقر الجمل الأجير ، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه هي الأصل ، إلا إذا تم دليل قاطع على أن الضرر الذي أصاب الغير إنما أصابه بمصادمة قهرية =



كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر . فأصر  
الحيوان بالمستأجر . فإن صاحب الحيوان في هذه الحالة يكون مسئولاً مسئولية  
عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنه التزم في عقد النقل بضمان سلامة الراكب .  
وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر ، فمالك الحيوان المضرور يرجع  
على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير (١) .

= أو بإهماله هو ، والله ، يستفيد من هذه المسئولية المفترضة ليس فقط الشخص الأحمق عن المالك ،  
بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون في خدمة المالك إذا كلفهم المالك المذكور بأن  
يسوقوا الحيوان أو يعتنوا به أو يقوموا بخدمته (استئناف مصر الوطنية في ١٧ يونيو سنة ١٩٣١  
المقامة ١٢ رقم ٢٦١ من ٥٢٩ — انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢ نوفمبر سنة  
١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ من ٧٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط في هذا المعنى  
أيضاً بأن القانون في المادة ١٥٣ مدني (قديم) يفرض وقوع خطأ أو إهمال من مالك الحيوان  
الذي أحدث ضرراً بالغير ، ولذا جعله مسئولاً عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد .  
والمصاب في غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه .  
ولما كان تسلسل المصائب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب المجرى يمنع الجرم من «التشاجر فيما  
بينها دون الاستعانة بعضاً لا بعد خطأ أو إهمال منه ، لذلك تكون المسئولية واقعة على المالك ،  
لأن خطأه المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١  
المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ من ٨٠) .

أما إذا ثبت خطأ في جانب المصاب ، فإن هذا الخطأ قد ينفي علاقة السببية ما بين الضرر  
والخطأ المفترض في جانب المسئول . وقد قضت محكمة طائفا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل  
انزعج رابطته من الوجد وعرض الخادم المسكاف بخدمة المواشي ، وتمت ألت الخادم لم يتخذ  
الاحتياطات الضرورية في ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكتم الجمل ، وأن الجمل لم يكن حيواناً  
خطراً متعاداً على العس ، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعين رفض دعواه (طائفا  
استئنافي في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ من ٣٣٧) .

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به انتفاعاً شخصياً ، انتقلت الحراسة  
إلى المستخدم ، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان للمستخدم  
(استئناف معتلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ١٨٧) .

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولاً تجاه خادمه  
المكلف بمراقبة الحيوان ، بقضي خطأ مفترض ، بل يجب على الخادم أن يثبت خطأ في جانب  
المالك ، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يعلمه في الحيوان ، أو يكون المالك قد  
سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان ، أو يكون المالك قد قصر في تجهيز  
الحيوان بالأدوات اللازمة لخدمته وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١) .

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركوا مواشيهم في مكان واحد ، وأن بعض كل منهما من  
مسئوليته عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية ، فيكون خطأه  
وغيره كل منهما مسئولاً عن مواشيه . قبل الآخر ينتصى خطأ مفترض .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه . فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة .  
وإذا أوقع حيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس . فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض . ويعتبر غيراً في هذه الحالة .  
وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته . بأن اختنق بحبل مثلاً . وكان الحارس هو المالك . هلك الحيوان على مالكه . أما إذا كان الحارس غير المالك : فلا يستطيع المالك في هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض . فإن افتراض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ في جانب الحارس ، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذي ألحقه بالحيوان لا الخطأ المفترض .

### المطلب الثاني

#### الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥- مآلناهم: متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذي قدمناه . قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما أسلفنا .  
ونبين الآن : (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أى حد هو مفترض .

#### ١٥- ما هو الخطأ

٧٠٦- خطأ في الحراسة : الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde) . وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس ، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية . ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque) ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس . ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي . والخطأ في الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر .

٧٠٧- ما الذي يثبت الضرر : ولا يكلف المضرور إلا بإثبات الشروط

التي تتحقق بها مسئولية حارس الحيوان . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عليه هو حارس الحيوان ، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده . ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان ، أى أن الحيوان قد تدخل تدخله إيجابياً في إحداث الضرر ، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء ، على التفصيل الذى سبق ذكره .

## ٢٨ - إلى أى حد هو مفترض

٧٠٨- الافتراض لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مفترض افتراضاً

لا يقبل إثبات العكس (١) ، بخلاف الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قدمنا .

فلا يجوز إذن للحارس ، متى أثبت الضرر والشروط التى تتحقق بها مسئوليته ، أن ينسب الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه (٢) :

(١) وتختلف مسؤولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسؤولية المدنية ، ففي الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يكتفى لحاكمة شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له ، لأن ذلك إذا صح مبهماً أن يكون سبباً للمسؤولية المدنية ، فإنه لا يكتفى لتقرير المسؤولية الجنائية التى لا يصح أن يكون لها محل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ في المراقبة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير ، وفي هذه الحالة يجب بيان نوع هذا الخطأ في الحكم ووجه نسبته إلى مالك الحيوان بالهت (نقض جنائى في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٣ من ٢٦٣) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٦ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ١٠٦ - وقد كان الفقه في فرنسا يعمل افتراض الخطأ قابلاً لإثبات العكس ، وتناهى القضاء الفرنسى في ذلك . ثم تحول القضاء لحقل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً ، وسعوا في ذلك لقانون المصرى القديم ثم القانون المصرى الجديد .

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب . فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً لحارس (١) . وقد منّا أيضاً أن مسؤولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد . فمالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة ، فألحق الحيوان ضرراً بالغير ، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ في جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كما يمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضروب في هذه الحالة أن يثبت خطأ في جانب السائق (٢) .

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسؤوليته ولو كان عديم التمييز . أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز . لأن مسؤوليته قائمة على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه .

٧٠٩- **موازنة المسؤولية بنفي عمدة السببية** : ولا يستطيع حارس الحيوان أن يبنى عنه المسؤولية إلا ببنى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع . وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي . قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المضروب أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يدرأه فيه » . وهو ما أجمع عليه الفقه (٣) والقضاء (٤) في مصر .

(١) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً في العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضروب ، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذي أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبي للحيوان ، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض المضروب على هذا الأجنبي ، فلا يجوز للأجنبي في هذه الحالة أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الضار فقرة ١٠٥ من ١٢٣) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٦٩٣ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٨ — الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٤٨ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٥ — الدكتور سليمان مرقس في الفصل الضار فقرة ١٠٦ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) تفترض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان ، وهذا الفرض القانوني لا يسقطه إثبات عدم حصول

## المبحث الثاني

### مسئولية حارس البناء (\*)

٧١٠- النص من القانونية: لم يكن القانون المدني القديم يشتمل على نص

لتحديد المسؤولية عن تهدم البناء ، فكانت القواعد العامة للمسئولية هي التي

= خطأ أو إهمال، بل يجب لإسقاط المسؤولية أن يثبت المشول أن الإصابة حلت بسبب قهرى أو بخطأ المحي عليه (استئناف مصر الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٨٥ من ١٠٨٠) . وقضت أيضاً بأن الذي يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه هي الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بمحادة قهرية أو بإهماله هو (استئناف مصر الوطنية في ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ من ٥٢٩) .

وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ من ٨٠ — محكمة بنى سويف في ١١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٤ من ٣٤٦ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشولية عن الحيوان لا ترفع إلا بإثبات السبب الأجنبي (استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١٨ : ولا يكتفى أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ من ٥٨ ( ترك الحمار على الرصيف دون قيد ، ولكن المار تعرض له لير فأصيب : خطأ مشترك ) — وفي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ١٥٤ (من يقود حيواناً في طريق عام يجب عليه أن يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم : لا يفى حارس الحيوان من المشولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح في الحديقة وهو كلب خطر ، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب وهو خطر مطلق السراح) — وفي ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٢٣٨ — وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ من ١٧٢) أنه تعتبر قوة فاهرة أن يترجع حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب مراً .

(\*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠١٩ — فقرة ١٠٧٠ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٠٧ — فقرة ٦١١ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٨٥ — فقرة ١٠٩٣ — كولالت وكابنان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٢ — فقرة ٣٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٨ — الموجز للدولف فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٢ — الأستاذ مصطفى مرعى بك في المشولية المدنية فقرة ٢٦٦ — فقرة ٢٩٢ — الدكتور حشمت أبو سقيت بك فقرة ٥١٦ — فقرة ٥١٩ — الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ١٠٧ — فقرة ١١٢ .

تنطبق ، وإن كان القضاء المصرى . عن طريق لقرائن القضاية ، اقرب من القواعد الخاصة التى اشتمل عايبها القانون الفرنسى فى المسئولية عن تهمد البناء . إذ تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على أن «مالك البناء يكون مسئولاً عما يحدث تهمده من الضرر إذا كان هذا التهمد يرجع إلى نقص فى الصيانة أو إلى عيب فى البناء» . فكان هذا النص يشدد من مسئولية مالك البناء عما قرره القواعد العامة . فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ معرض منى أثبت الضرر أن الضرر يرجع إلى نقص فى صيانة البناء أو إلى عيب فيه . ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص فى الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك . أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى . وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول . وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة . أى على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . فكان لا بد من أن يثبت الضرر خطأ فى جانب الحارس حتى تتحقق المسئولية .

قلنا إن القضاء المصرى كان قد اقرب من قواعد القانون الفرنسى . وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران :

(أولاً) أن القضاء المصرى كان يتشدد كل التشدد فى التزام حارس البناء . فكان يطالبه بإليظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر ، وأى إهمال فى ذلك مهما كان نافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر .

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق المضور ، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأثفه القرائن .

فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقرب من القانون الفرنسى ، ويستعيز عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضائية قررها هو . ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو نقصاً فى الصيانة (١) .

---

(١) أنظر نقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥ (وقرن =

وقد جاء الثقبون المصري بالحديد بقص حاص في مسؤولية حارس البناء ،  
فخصي في المادة ١٧٧ بما يأتي :

١- حارس البناء، ولو لم يكن مالكاً له. مسئول عما يحدثه انهيار البناء  
من ضرر ، ولو كان انهياراً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه  
إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه .

٢- ويجوز لمن كان مهدداً بضرر بصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ  
ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك . جاز  
الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه (١) .

= قض مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ من ٤٢١ - استئناف مصر  
وطني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ من ٥٨٦ - وفي ٢٨ يونيو  
سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ من ٨٧١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩  
رقم ٣٤٥ من ٨٤١ - استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٩٤ م ٦ من ٢٧٠ - وفي  
٢٨ يولية سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ١١١ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٦٠ -  
وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٧٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨ -  
وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٨٥ . وانظر الموجز للمؤلف بقرة ٣٦٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب  
نص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من  
المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ  
عبارة « ولم يكن مالكاً » بد عبارة « حارس البناء » ، وأصبح رقم المادة ١٧٧ . وقالت  
اللجنة في تقريرها : « اقترح الاستعاضة عن اصطلاح الحارس في المادة ١٧٧ باصطلاح مالك  
البناء أو حائزه بنية التملك . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن تغيير « حارس البناء أو  
النسب » قد يفتح نطاقاً لصور أخرى لاتندرج تحت الصيغ المقترحة ، وقد استعمل الفقه في مصر  
اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا  
التعبير معروفة ، وهي مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور مخصوصة . وتعبير  
المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة  
كما عدلتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٢٨ - من ٤٣٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يرض  
التقنين المصري للمسئولية عن البناء ، ولذلك جرى القضاء المصري بشأنها على تطبيق القواعد  
العامة ، وجعل من الخطأ التائب أساساً لها ، ولو أنه لا يتعدد كثيراً فيما يتعلق بحماية هذا  
الخطأ . أما المشروع فقد أثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ للفروض ، وألغى عنها على عاتق  
حارس البناء دون مالكه على خلاف ما اختار التقنين الفرنسي . ففعلت مسؤولية الحارس قائمة  
ما لم يثبت أن تداعي البناء لا يرجع إلى إهمال في صيافته أو قدم أو عيب في إنشائه . أما التقنين  
الفرنسي فيلزم المنعوق على التقبيل من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب  
في إنشاء البناء ، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعي البناء يرجع إلى أحد  
هذه الأسباب . ويكون من ناشئ عن خطأ المالك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٣١) .

وبيتين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد في القانون الفرنسي في أمور ثلاثة :

(١) في أنه يجعل المسؤولية على حارس البناء لا على مالكه . وهذا هو الذي تنشئ مع قواعد المسؤولية .

(٢) وفي أنه يشدد من المسؤولية أكثر مما يفعل القانون الفرنسي . إذ لا يتطلب النص المصري أن يثبت الضرر إجمالاً في الصيانة أو قدماً في البناء أو عيماً فيه . بل حارس البناء هو الذي يثبت الإهمال في الصيانة والأقدم في البناء وألا عيب فيه .

(٣) في أنه يجيز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط . فلا ينتظر من كان مهدداً بضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض . بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر قبل وقوعه .

ولا شك في أن القانون الجديد شدد كثيراً في المسؤولية عن تهدم البناء . وأتى لمساعدة من تصيبهم أضرار من ذلك . فلم يتركهم إلى القواعد العامة التي توجب عليهم إثبات الخطأ في جانب المسئول .

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . أي منذ نفاذ القانون الجديد . والعبارة في ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذي يجم عن تهدم البناء . فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذي ينطبق . وإلا فالقانون الجديد .

ونفصل الآن قواعد هذه المسؤولية . فتكلم في أمرين : (١) متى تتحقق المسؤولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أي أساس تقوم هذه المسؤولية .

## المطلب الأول

متى تتحقق المسؤولية عن تهدم البناء

٧١١- شرط تحقق المسؤولية : تتحقق هذه المسؤولية إذا تهدم البناء

تهدماً كلياً أو جزئياً وأُلحق بهدمه ضرراً بالغير . فعندئذ يكون حارس البناء مسئولاً عن هذا الضرر



فتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) حراسة البناء (٢) تدهم البناء هو الذى أحدث الضرر .

## ١٥ - حراسة البناء

٧١٢- تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص

حراسة بناء . فنيين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «البناء» .

٧١٣- الحراسة : تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى

حراسة الحيوان . فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء .  
فيكون مكلفاً بحفظه وتعمده بالصيانة والاستيثاق بأنه ليس قد يماولا معيماً بحيث  
يهدد الناس بالخطر . ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة  
الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية  
ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك .  
ولا المتفع ، ولا الحائر .

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو  
المتصرف فى شؤونه . ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك .  
والبائع قبل التسليم . حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على  
البناء ، فيبقى هو الحارس . ولا تنتقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم (١).  
والمقاول الذى قام بتشديد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه للمالك (٢). والمالك

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لامتولية على المالك لئزل لو سقط بعض  
بنائه على إنسان فقتله إذا بين أن المالك المذكور اشترى هذا اللزل ، ولكنه لم يكن قد وضع  
يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين ( استئناف وطنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥  
الترائع رقم ٢٠٠ من ١٨٤ ) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية المشتري بقصد  
غير مجل مادام حائراً ( استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ من ١١٢ ) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على القاول اتخاذ الاحتياطات  
اللازمة لمنع الضرر عن الجيران ( استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ من ٢٤٤ -  
وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ من ٨٣ - وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٤ ) -  
على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد فى أعباء المالك أو المقاول ،  
وعليه أن يساهم فى نفقات تقوية بناءه ( استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٢ -  
وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٩ - وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٦ -  
وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٨٣ ) .

المعلق ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية . أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء - خلافاً للحيوان والمنقول - تبقى عادة عند المالك (١) . لكن إذا أقام المستأجر بناء في العين المستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد الالتصاق (٢) .

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة .

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تملك مالك البناء بأن العين المملوكة له مؤجرة للغير وبذا تنفك حيازتها القانونية لهذا الغير ، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالتصليحات اللازمة ، وإذاذن فإن المسؤولية عن الضرر الذي وقع تنتقل إلى المستأجر ، فذلك لا يحميه في دفع المسؤولية عنه ، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمانه (هض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥) .

(٢) ومن أحكام القضاء المصرى فيما من المسئول عن تهم البناء فى مثل القانون القديم : إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة ، بل المسئول هو الرسمى (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) — والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) — والبناء فى أثناء تشييده أو ترميمه تكون المسؤولية فيه على المفاوض دون المالك (استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢) . فإذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك ومضت مدة كافية على ذلك ، رجعت إليه المسؤولية ، على أن يرجع على المفاوض إذا كان هناك وجه لذلك (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٢) — مفاوض أعمال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢) — إذا كان أحد شركاء البناء هو الشرف على عملية البناء ، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المفاوض الذى كان منتصباً على توريد الأقفار (استئناف وطنى فى ٣ يناير سنة ١٩٢٨ الملمأة ٨ رقم ٤٦٥ ص ٧٦٤) — وفى المسؤولية عن المصعد (استئناف مختلط فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٧) .

كمهندس البناء والمقاول وهما مسئولان عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر عن تهمد البناء (م ٦٥١ من القانون الجديد) ، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المزججة . وكالبائع وهو ضامن للعيب الخفى .

٧١٤- البناء : والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشبياً أو جيراً أو جبساً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا — شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . فالبيوت والزرابى والمخازن تعتبر بناء . بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك : فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء ، وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور (الكبارى) وكل ما أشيد في باطن الأرض بناء ، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده : فإذا أحدث تهمده ولما يزل في دور التشييد ضرراً كان الحارس — وهو المقاول عادة — مسئولاً عنه . ولا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد . وكذلك الأرض لا تعتبر بناء . فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير ، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهمد البناء .

## ٢٩- تهمد البناء هو الذى أحدث الضرر

٧١٥- تحليل هذا الشرط : يجب أن يكون الضرر الذى أصاب المضرور ناجماً من تهمد البناء . فنتظر فيما يعتبر تهمداً وما لا يعتبر كذلك .

٧١٦- ما يعتبر تهمداً : تهمد البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار . ويستوى أن يكون التهمد كلياً أو جزئياً ، كما إذا وقع سقف أو تهمد حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم . ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً ، معيماً أو غير معيب ، فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل في غارة جوية ، فإن تهمده يعد ذلك تهمداً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يربط مسئولية في ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض .

## ٧١٧- ماله يعتبر تهرماً : ولا يكتفى أن يكون الضرر آتياً من البناء .

ما دام هذا البناء لم يهدم كله أو بعضه . فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشى في غرفة دهنت « أرضيتها » دهاناً جعلها زلجة فأصيب بضرر . فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن تهميد البناء . وعليه أن يثبت خطأ في جانب المسئول . ولو أن جسماً صلباً سقط من نافذة في مبنى فوق على شخص أصيب من جراء ذلك بأذى ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهميد البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهميد النافذة (١) .

ويجب أن ينجم الضرر عن تهميد البناء تهميداً فعلياً . لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهميد . وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يجعل الحق للشخص المهدد أن يستولى على البناء وأن يصلح ما به من الخلل . واتبع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة . دون أن يجعل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء . أما القانون الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي . وسار القانون المدني المصري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك . ولكن القانون المدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية ، وقد رأيناه نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص (م ٢٤٦ من هذا المشروع) يقضى بما يأتي : « كل من يقيم في مكان يكون مثولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يليق أو يسقط من هذا السكن ، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب . ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنها آثرت أن تظل المسؤولية في نطاق ما يقضى به النص خاضعة لتوافر عدة العامة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسؤولية عن البناء بإيراد عدة تتعلق بالمسؤولية عما يليق أو يسقط من السكن ، ويراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب البناء نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما ينجمه من المنافع ، بل بسبب ما يليق أو يسقط منه متى كان مخصصاً للسكن ، فيقتضي خطأ ساكن البناء في هذه الصورة ، ويلزم بالتعويض ، إلا أن يقيم الدليل على أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي . وتختلف هذه المسؤولية عن المسؤولية العامة عن البناء من وجوه ثلاثة : ( أ ) فهي لا تقترب بناءً على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته ( ب ) وهي لا تقع على عاتق الساكن ( ح ) وهي لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي » . (عمومعة الأعمال - مجلد ٢ - ص ٤٣٩ في هامش) .

باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدفع الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك .  
حار الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . وقد  
جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : وقد  
احتذى المشروع مثال بعض التقنيات الأجنبية . فقرر بين أحكام المسؤولية  
عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا تنطوي على  
معنى التعويض . ويمكن لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع  
الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا . فلن يتهدده هذا الضرر أن يكلف  
المالك . دون الخارص . باتخاذ ما يلزم من التدابير لدفع الخطر . فإذا  
لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف . جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر  
باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك (١) .

والحريق غير التهدم . فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة ،  
فأصبحت بضرر . لم يكن هذا الضرر ناجما عن تهدم البناء . حتى لو كان  
البناء المحترق أنهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير  
بالضرر (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١ (وأُنظر في هذا المعنى المادتين ٩٨/٩٠ من  
التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٥١  
فقرة ٢ من التقنين البولوني . وأُنظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتيني) .  
(٢) أما إذا تهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية ، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق ، كان  
الضرر الذي يحدث ناجما عن تهدم البناء . هذا وقد صدر قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في  
فرنسا ، أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، وقضى بأن الحائر  
للعقار أو المتقول ، إذا شرب فيه حريق ، لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق الغير إلا إذا  
ثبت حصول الحريق خطأ الحائر — أما في العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر ، إذا احترق العين  
المؤجرة ، فقد نصت المادة ٥٨٤ من القانون المدني الجديد على أن المستأجر مسؤول عن حريق  
لعين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ، فإذا تعدد المستأجرون لعقار  
واحد ، كان كل منهم مسؤولا عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن  
كان مفيدا في العقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شربوها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين  
فيكون وحده مسؤولا عن الحريق .

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التي تتطلب حراستها خاصة ،  
ولو كان هذا البناء يتطلب حراسته هذه العناية الخاصة ، كمنصع لعمال القرفصات . وإذا تهدم  
هذا المنصع ، فأصاب الغير ضرر ، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨ ،  
فبذلك خارص المنصع أن يخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الأجنبي بل لأنه هو الأمر في

## المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهميد البناء

٧١٨- **مسأله** : متى تحققت مسؤولية حارس البناء على الوجه الذي

تقدم ذكره . قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما بينا . فننصل الآن ما هو هذا الخطأ . وإلى أي حد هو مفترض .

١٨ - ما هو الخطأ

٧١٩- **مالئزى بئنه المضرور** : تقدم أن حارس البناء مشول عن تهميد

ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه .

فالمضرور هو الذي يكلف أولاً بإثبات أمرين :

(١) أن الضرر الذي أصابه نجم عن تهميد البناء تهميداً كلياً أو جزئياً . وقد

بيننا متى ينجم الضرر عن تهميد البناء .

(٢) أن المدعى عليه هو حارس البناء الذي تهميد . وقد بينا كيف يتحدد

حارس البناء .

٧٢٠- **مالئزى بئنه حارس البناء** . فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان

على حارس البناء . حتى يدفع مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ ، أن يثبت أن

تهميد البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه (١) .

= المادة ١٧٨ ، بل أيضاً بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . أما إذا وقع الضرر من المفرقات ذاتها لامن تهميد المنصنع ، وجب تطبيق المادة ١٧٨ ، ويكون حارس المفرقات مشولاً ولا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

(١) أما في القانون المدني الفرنسي ، فقد قدمنا أن المضرور هو الذي يجب عليه أن يثبت

في جانب مالك البناء إهمالاً في الصيانة أو عيباً في البناء . وإهمالاً في الصيانة أو العيب في البناء عبر مفترض في القانون الفرنسي ، من يجب على المضرور إثباته . وهو في القانون المصري الجديد مفترض افتراضاً قسراً لإثبات العكس . وحارس البناء هو متى يثبت أن تهميد البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض التناون أمرين :  
 (أولاً) أن التهدم سببه إما إهمال في صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه .  
 (ثانياً) أن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء ، فهو الذى قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه .  
 فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء .  
 ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض في جانبه ، هو الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه ، حتى تدعى البناء وتهدم فأصاب الغير بالضرر .

## § ٢ - إلى أى حد هو مفترض

### ٧٢١ - الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس

والآخر غير قابل لذلك : هذا الخطأ المفترض في جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثانى يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس .

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل لإثبات العكس ، أما الشق الآخر فلا يقبل .

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن يبنى الشق الأول . بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالاً في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه . وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح . بل كان الحارس قائماً كما ينبغي بصيانه وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، كحريق شب في البناء أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن نفسه الخطأ المفترض . ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على المتضرر

أن يثبت خطأ في جانبه (١).

أما إذا لم يستطع أن يبنى الشق الأول . يبنى هذا الشق مفترضاً في جانبه . وكذلك يبقى الشق الثاني مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس ، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه . ولا يستطيع الحارس في هذه الحالة أن يدفع عنه المسؤولية إلا ببنى علاقة السببية ما بين تهم البناء والضرر الذى وقع . بأن يثبت مثلاً أن زلزالاً كان هو السبب في التهم وهذه هي القوة القاهرة . أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير ، أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه ، وكانت مسؤولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض ، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز .

### ٧٢٢ - الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام عمرفق عقدية : والخطأ المفترض

بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور . فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلاً وتهدم البناء فأصابه بالضرر ، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسؤولية عقدية مصدرها عقد الإيجار ، ولا محل للمسئولية التقصيرية (٢). وإذا كان المضرور نزيراً في فندق ، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسؤولية تقصيرية . وقد قدمنا أن المسؤولية

(١) لكن إذا ثبت أن التهم وقع في أثناء القيام بهدم البناء أو بإصلاحه ، فإن كان التهم راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو إلى قدم في البناء أو إلى عيب فيه ، تحققت المسؤولية بمقتضى الخطأ المفترض . أما إذا كان التهم لم يقع إلا نتيجة للهدم أو للإصلاح ، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ في جانب المسئول .

وقد قدمنا أن البناء إذا شئت حريق فيه أو خربه متفجرات أو قنابل ، وبقي محرماً ، ثم تهدم بعد ذلك ، قامت المسؤولية على الخطأ المفترض . أما إذا تهدم البناء فوراً بسبب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القنابل ، لم تقع المسؤولية على خطأ مفترض ، بل طبقت القواعد العامة ، ووجب إثبات الخطأ في جانب المسئول .

(٢) أنظر عكس ذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٢ . وما أورده من أحكام القضاء المصرى . وانظر عكس ذلك أيضاً : استئناف مختلف و ٢٠ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٤٥ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧٢ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣ ص ٤٨٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ .



العقدية تبنى المسؤولية التقصيرية .

أما إذا كان المضرور خادماً لحارس البناء أو تابعاً له . فإن العقد في هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع . فيكون الحارس مسئولاً قبل التابع بمقتضى المسؤولية التقصيرية . ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى يبيانه .

## المبحث الثالث

### مسئولية حارس الأشياء (\*)

٧٢٣- **النصوص القانونية وتطور المسؤولية عن الأشياء :** لم يشتمل القانون المدنى القديم على نص خاص لتحديد مسؤولية حارس الأشياء . فكانت هذه المسؤولية تترك للقواعد العامة .

(\*) **مراجع :** سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) - جوسران فى المسؤولية عن فعل الشيء (سنة ١٨٩٧) والجيز ٢ - فقرة ٥٢٩ - فقرة ٥٥٥ - بلانيول دراسات فى المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - مزو ٢ - فقرة ١١٣٨ - فقرة ١٣٦٨ - جوديه فى تطور جديد فى نظرية المسؤولية المدنية (المجلة القضائية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - بلانيول ورييه وإسان ١ - فقرة ٦١٢ - فقرة ٦٢٥ - كولان وكايتان ولاموراندير ٢ - فقرة ٣٦٦ - فقرة ٣٧٩ - بلانيول ورييه وبولانجي ٢ - فقرة ١٠٤٢ - فقرة ١٠٨٣ - الرسائل : بيزيه (Pisier) باريس ١٨٩٩ - بونيه (Bonnet) پوانتييه ١٩٠٨ - فيتري (Vitry) ليل ١٩٢٢ - توزان (Tauzin) باريس ١٩٢٥ - بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ - ديلاكرواه (Deiacroix) تولوز ١٩٢٨ - ليسيو (Luceo) رن ١٩٢٨ - كورنى (Cornu) مونبيلييه ١٩٢٩ - كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩ - لارتيج (Lartige) تولوز ١٩٣١ - الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ - حربوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ - ليمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ - بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ - دابيد (David) ليل ١٩٣٤ - فورز (Forse) مونبيلييه ١٩٣٦ - لاردنوايه (Lardunois) نانسى ١٩٣٦ - بينيكس (Beineix) باريس ١٩٣٧ - فيزيل (Fiezel) باريس ١٩٣٧ - سن (Sen) باريس ١٩٣٩ - لانديل (Landello) رن ١٩٤٠ - ليفير (Lefebvre) باريس ١٩٤١ - جولدمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ - الموجر للدولف فقرة ٣٦٣ - فقرة ٢٧٢ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسؤولية المدنية فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٧ - الدكتور حنيت أبو سنيت بك فقرة ٥٢٠ - فقرة ٥٢٦ - الدكتور سليمان مرقص فى الفصل الضار فقرة ١١٣ - فقرة ١٢١ .

وقد تطورت المسؤولية عن الأشياء غير الحية (choses inanimées) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادىء الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ في جانب المسؤول . ولم يفكر واضعو القانون المدني الفرنسي في تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسؤولية . بل إن المشرع الفرنسي عند ما قرر المسؤولية عن الأشياء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، فنص على أن الشخص مسئول ... عن الأشياء التي تكون في حراسته ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك . وهما المسؤولية عن الحيوان والمسؤولية عن البناء ، بعد أن مهد لهما بهذه العبارة العامة . أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء ، فما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسي لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسؤولية الإنسان عن فعله . وهى القاعدة التي قررهما في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ ، فكل ضرر يصيب الغير من شيء يسأل عنه صاحب هذا الشيء . إذا أثبت المضرور خطأ في جانبه ، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شيء في يده . وقد سار الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي وقتاً طويلاً حتى أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن النظم الاقتصادية لم تبق على حالها . بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً ، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة ، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته ، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة ، فهى إذا ما أفلتت من يده - وكثيراً ما تفلت - لا يلبث أن يكون ضحيتها . وكان لذلك أكبر الأثر في تطور المسؤولية عن الأشياء . فإن من يستخدم هذه المخترعات ، فيعرض الأرواح للخطر ، والأموال للتلف . من الحق أن يكون خاضعاً في المسؤولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسؤوليته عن فعله الشخصى . وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ في جانب صاحب الشيء . فإنه يتعذر على المضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك تلمس الفقه والنقضاء في فرنسا طريقاً يجعلان به عبء الإثبات على صاحب الشيء لاعلى المضرور . فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادى والحاجات الاجتماعية ، فأخذوا يتوسعان في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني

الفرنسي (١) . فجعلها تقرر المسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته (٢) .

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء في فرنسا في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نوسلا بطريقتين أخريين : (١) الطريق الأول هو تطبيق المسؤولية المقدية على حوادث العمل وحوادث النقل ، وهذه هي أكثر الحوادث شيوعاً . أما عن حوادث العمل ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضي ، قبل صدور تشريع سنة ١٨٩٨ ، بأن العامل المصاب يجب أن يثبت خطأ في جانب رب العمل حتى ينال تعويضاً . ولما كان الإثبات في أكثر الأحوال متعديراً ، فقد كان العامل هو الذي يتحمل الحسارة وحده ، ولما كان ينتج في دعوى التعويض التي يرفعها على صاحب المصنع . فقام فقهاء ، أحدهما في فرنسا (Sauzet) والآخر في بلجيكا (Sainctelette) ، يذهبان إلى أن مسؤولية رب العمل نحو العامل مستولية عقدية ، لأنه الزم بعقضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل التزم رب العمل أن يعرضه عن الضرر الذي أصابه ، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ في جانبه ، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات . وقد صادقت هذه النظرية نجاحاً في الفقه ، فتبعها بعض الفقهاء ، إلا أن القضاء لم يأخذ بها . ثم صدر بعد ذلك تشريع سنة ١٨٩٨ فعدمت المسألة أهميتها العملية . أما عن عقد النقل ، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، التي تجعل أمين النقل مسؤولاً عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة ، يمكن تطبيقها على كل الأشخاص ، فإذا أصيب شخص بضرر في أثناء النقل كان أمين النقل مسؤولاً ، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسؤولية ، ذلك أنه الزم بالعقد أن يحافظ على سلامة المتاعده معه . ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ في أول الأمر بهذا المذهب ، وإن كان قد أصبح يعيل إليه في أكثر أحكامه . (ب) والطريق الثاني هو التوسع في تفسير المادة ١٣٨٦ ، فقد أخذ القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر يتوسع في تفسير كلمة « البناء » ، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمقولات الأخرى ، وأصبح صاحب الشيء — عقاراً كان أو منقولاً — بعد هذا التفسير مسؤولاً عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً في الشيء أو قصراً في تهمة ، قياساً على البناء . ولا خلاص من المسؤولية إلا إذا ثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة أو بفعل الغير أو بخطأ المصاب ، فصار عبء الإثبات على صاحب الشيء . غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦ ، فهي تذكر « البناء » و« التهمة » ، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسر به النص مما تقدم ذكره . لذلك لم يثبت القضاء الفرنسي طويلاً على هذا التفسير ، وعُدل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ تكة يستندون إليها في تقرير المسؤولية عن الأشياء .

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يصوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يحمل فيها صاحب الشيء تبعته (théorie des risques) دون أن تستند المسؤولية ذلك إلى أي خطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً . وفي مقدمة هؤلاء الفقهاء سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، ولكن القضاء لم يمتثل إلى هذا الحد ، بل استمر يرى أساس المسؤولية عن الأشياء خطأ في جانب الحارس .

على أن هذا الأساس الجديد الذى بنيت عليه المسؤولية عن الأشياء - وهو الخطأ المفترض فى جانب الحارس - بقى فى تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم . فقد كان افتراض الخطأ بادىء الأمر قابلاً لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل لذلك . وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة ، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التى يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها . ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تعريق بين الشيء الخطر ، يكون الخطأ فيه مفترضاً ، والشيء غير الخطر ، يطالب فيه إثبات الخطأ ، ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تنسج لأى شيء ، منقولاً كان أو عقاراً ، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان ، خطراً أو غير خطر . ولم يستبق القضاء الفرنسى إلا معنى «الحراسة» (garde) . فهو يبنى المسؤولية عن الشيء على «خطأ فى حراسته» (faute dans la garde) . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التى تطورت بهما نظرية المسؤولية عن الأشياء ، فقد انقلبت فى بضع عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع . ولا شك فى أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاءً اجتهد لا قضاء تفسير ، وهى قد تمشت فى ذلك لأمع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع ، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية . وأيد الفقه القضاء فى ذلك ، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المحترقات .

أما فى مصر فكانت الحالة فى القانون المدنى القديم تختلف عنها فى فرنسا من حيث النصوص القانونية . فالقانون القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، وقد رأينا أن القضاء الفرنسى قد استند إلى هذا النص فى تأسيس نظريته الجديدة فى المسؤولية عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصرى أحكاماً تذهب إلى جعل المسؤولية عن الشيء مبنية على خطأ مفترض فى جانب الحارس (١) . وبنيت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسؤولية

العقدية (١). وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان (٢). بل هناك من الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا . فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند في ذلك إلى نص معين (٣). ولكن القضاء المصرى في مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانب الحارس (٤). ولم يكن في الواقع من الأمر مستطيعاً

= ٥٩ — وفي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ م ١٥٤ — وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ م ٤٣٥ — وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٤ م ٧٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ م ١٦٠ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٥٩ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ م ٣٧ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ م ٧٥ .

(١) استئناف مختلط في ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ م ٢٨٠ — وفي ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٣٥ — محكمة البيان الجزئية الوضعية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/٩٣ .

(٢) محكمة استئناف أسبوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ م ٢٤٤ . (٣) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٦ ماي سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ م ٥٦٠ — محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ م ١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة). وأنظر أيضاً محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ م ٢٣٣ — وفي ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ م ١٩٥ .

(٤) استئناف وطني في ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ م ٤ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ م ١٠ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ م ٥٠ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ م ٢٤٧ — وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ م ١٤٩ — وفي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ م ١١٠٤ .

ولكن القضاء المصرى كان يتساهل كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع . وقد جاء في الموجز المؤلف (فقرة ٣٧٢ م ٣٧٨) في هذا المعنى ما يأتي : « ناقض القضاء المصرى بنشدنى إلزام من يكون الشيء في حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطني في ١٩ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ م ٢٤٦ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ م ١١ — استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١٨٠ — وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٢٠ — وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ م ٤١ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٩١ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٨) — ثم هو يتساهل في تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤١٥ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ١٥) — وفي الواقع سندمل بالتربية القانونية لن يقيموا القضاء القرائى قرينة قضائية =

— من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة

== يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٢ من ٣٤ — وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ من ١٦٩) . . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر الوطنية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحللة ١٥ رقم ٢/١٥٦ من ٣٢٦ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المحللة ١٦ رقم ٤٠٨ من ٨٩٢ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحللة ١٩ رقم ٣٣٥ من ٨٢٤ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحللة ١٩ رقم ٣٤٥ من ٨٤١ — استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٧٦ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٢٨٨ — وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٥٩ — وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٨٠ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ١٨٨ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٩٣ — وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ٥ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بالزام وزارة الأشغال العمومية بتعويض الضرر الناشئ عن الحلل التي أحدثته في منزل المدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنابيبها، وأسست تقريرها خطأ الوزارة على تقصيرها في مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتمهدها في باطن الأرض والكشف عليها من آن لآخر للتأكد من سلامتها ودوام صلاحيتها ، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ( قضى مدنى في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ من ٣٩٨ ) .

ومما يمكن من أمر ، فإن القضاء المصرى كان يصرح بوجود إثبات الخطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التسانون المدنى المختلط لا يعرف لا المسؤولية المادية ولا المسؤولية القائمة على خطأ مفترض عن الأشياء غير الحية ( استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٨٦ ) ، وقضت أيضاً بأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية ( استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٢٦٩ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٤ ) . وكان لا بد من إثبات خطأ في المسؤولية عن الحريق ( استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ من ١٦١ — وفي ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٣٩٠ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٦٢ — وفي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ من ١ ) ، وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا ، أما في القانون المدنى الجديد في مصر فالمسؤولية عن الأشياء التي تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق . وكان لا بد من إثبات خطأ أيضاً في المسؤولية عن السيارات ومركبات النقل ( استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٦٤ — وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ من ١٨١ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ من ١٨٢ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ من ١٨٠ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٠٦ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٥١ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ من ١٨١ ) .

مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسى (١).

فجاء القانون المدنى الجديد بالنص المطلوب . وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية ، وحاجات الصناعات الناشئة ، فلم يطلق المسؤولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة . وهى مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسى كما رأينا . فنصت المادة ١٧٨ من هذا القانون على ما يأتى :

« كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراسها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يده فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة (٢) » .

(١) وقد جاء فى هذا المعنى فى الموجز للمؤلف ما يأتى : « ولكن القضاء المصرى فى مجموعه — أهلياً كان أو مختلطاً — لا يزال يرى أن المسؤولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس . فهو لا يزال فى الحالة التي كان عليها القضاء الفرنسى قبل تطوره الأخير فى أواخر القرن التاسع عشر . وهو فى الواقع من الأمر لا يستطيع — من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسى . بل هو ليس فى حاجة — فى الوقت الحاضر — إلى هذه النظرية الجديدة . فالظروف الاقتصادية فى مصر تختلف عنها فى فرنسا : الصناعة لا تزال فى عهد الطفولة ، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً داهياً على الحياة الاجتماعية ، بل إن الصناعة الناشئة فى مصر تتطلب فى أول عهدها أن تشجع ، لا أن يثقل القضاء كاهلها بالتشدد فى مسؤولية أصحاب المصانع ، سيما أن تشديد المسؤولية يقتضى تقديم نظام التأمين ، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تناجوا به من خسائر فادحة ترتب على هذا التشديد . على أنه إذا وجد فى حالة مصر الاقتصادية ما يستدعى التشديد فى المسؤولية عن الأشياء، إما لحماية طائفة مستضعفة هى طائفة العمال ، أو لدرء الخطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها ، فإن القضاء المصرى قد عالج الأمر فى حزم وحكمة ، فاستعان عن القرينة القانونية التي قال بها القضاء الفرنسى بقرينة قضائية ، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعى ذلك » (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ من ٣٧٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراسها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يده فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » . وقد أقرت لجنة المراجعة =

وهذه الأحكام التي استحدثها القانون المدني الجديد ليس لها أثر رجعي .  
فهو لا تسرى إلا على الأحداث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر

المادة على أصلها ، وأصبح رقمها ١٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي  
لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، قررت الأغلبية في أول الأمر حذف المادة كتماء بما  
تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة في قوانين العمل . ثم رأت اللجنة بعد ذلك أن تستقل إلى  
القبض من موقعها الأول . فعدلت النص على الوجه الآتي : « يكون شخص مسئولاً عن  
الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراسته إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بغير  
الضرورة أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث خافئ ، عندما مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك  
من أحكام خاصة » . فجعلت النص عاماً بصرف إلى الأشياء جميعاً ، سواء ما كان من قبيل  
الآلات الميكانيكية أم غيرها . ثم عدلت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي وفقرته مع تعديله تعديلًا  
طفيفاً بأن قدمت عبارة « أو أشياء أخرى تنصبت حراستها عبارة خاصة » على عبارة  
« آلات ميكانيكية » ليكون المعنى أكثر وضوحاً . وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص  
على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة ، كما كان الأمر في  
المشروع التمهيدي . وأصبح رقم المادة ١٧٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرت لجنة  
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٤ — ص ٤٣٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يورد  
التقنين المصري (القديم) أي نص يتعلق بالمسئولية عن الجمادات . وإزاء ذلك عمد القضاء  
المصري إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها ، كما فعل في المسئولية عن البناء ، فجعل ترتيبها معقوداً  
بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء . ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في  
استخلاص هذا الخطأ . فهو يكفي بأقل إهمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوي في الشيء من أسباب  
الخطر ، للقول بتوافر الخطأ الذي تنبئ إقامة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على  
الخطأ ، يستغنى بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية في هذا الصدد . فليس من العدل في  
شيء مثلاً أن يلقي عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث السيارات ، إذ يطلب أن  
يحتج عليه عملاً بأن يبين كيفية وقوع الحادث ، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من  
غيره على تقليل ما وقع . ولهذا العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المبرور ، مقتنياً في ذلك  
أثر التعديلات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسي نفسه في مراحل تطوره الأخيرة . على  
أن المشروع لم يمس في هذا السبيل للقضى من عيانه . بل اجترأ بما تقتضيه أحوال البلاد في  
المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسي في الحديث من أحكامه  
فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها ، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية .  
وبوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة . وبديهي أن هذا التخصيص قدس به  
إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج حراسة بسبب الخطر الملازم لها . وبهذا يكون من  
الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ في الحراسة : أنظر في هذا المعنى المادتين ١٥٢ و ١٥٣ من  
التقنين اللبناني والمادة ١٣١ من التقنين البولوني » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٥ —



سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ القانون الجديد . والعبرة هنا ، كما فى قواعد المسؤولية عن البناء . بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن فعل الشيء ، فإذا وقع هذا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالقانون الجديد .

ونبحث الآن - كما بحثنا فى الحالات الأخرى - متى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية ، تطبيقاً للأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد .

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسؤولية -حارس الأشياء

٧٢٤- **شروط تحقق المسؤولية** : تتحقق المسؤولية بتولى شخص حراسة

شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء . فعند ذلك يكون حارس الشيء مسئولاً عن هذا الضرر .

فتتحقق المسؤولية بـ (١) أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشيء .

١٥- **حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية**

٧٢٥- **تحليل هذا الشرط** : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص

حراسة شيء . فبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشيء .

٧٢٦- **الحراسة** : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهى ليست فى يد مالك

الشيء ضرورة ، ولا فى يد حائزه ، ولا فى يد المنتفع به . إنما الحراسة هى السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً ، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن المالك هو حارس الشيء ، وعليه هو ، إذا رفعت ضده دعوى المسؤولية ، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث .

ويبقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده ما دام لم يتخل عنه (abandon). فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته. ولم تنتقل الحراسة إلى أحد. وإذا كان المالك قد ملك بعقد بيع، فالبايع قبل التسليم هو الحارس. وبعد بيع الحارس هو المشتري بتسليم الشيء إليه. ولو كان عقد البيع باطلاً أو قبلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشتري الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية. لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشيء.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيد (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية، ما دامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء. فسارق الشيء يعتبر حارساً له، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولاً بمقتضى الخطأ المفترض، ثم لا يكون مسئولاً إذا ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر. أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء، ويغلب أن يقع ذلك في المنقول (١).

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشيء. فحارس السيارة هو في الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها. فإذا ثبت خطأ في جانب السائق. أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ. وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً. وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية

(١) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها، فإن المير في هذه الحالة يسنق الحراسة عادة. وقد قضت محكمة النقض بأن المير لسيارة بسائقها يكون مسئولاً عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيامه بأموريته في مدة الاستعارة (نقض في ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ من ١٩٣٢).

على السيارة . فيصبح التابع في هذه الحالة هو الحارس . وفي جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها . فإنه يعتبر في هذه الحالة حارساً ويكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً باعتباره متبوعاً .

وإذا أودعت السيارة في «الجراج» ، فإن كان صاحب «الجراج» له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس . وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة . وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته في مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف ، ويغلب في هذه الحالة أن تبقى السيارة في حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف (١) .

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكي لإصلاحها تنتقل في الغالب حراستها إليه . لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها . ولا يبقى صاحب السيارة حارساً في هذه الحالة ، إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها . ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة . والحارس هو المعلم . وإذا خائف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته . كان هذا خطأ ثابتاً في جانبه . أما المتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً . والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

٧٢٧- السوء : كل شيء مادي غير حى فيما عدا البناء يدخل في هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة .

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في النطاق المتقدم الذكر . وقد سبق تحديد المسؤولية عن الحيوان وعن البناء . والمسئولية عن الحيوان لا تختلف في أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسؤولية عن

---

(١) وعمل المشرف هو أن يبقى السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى في حراسة صاحبها . فإذا قل شخص السيارة من مكان إلى آخر ، ولو من غير علم المشرف ، فأحدث ضرراً ، كان المشرف هو المسئول . وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً ، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

الأشياء . أما مسئولية عن البناء فتختلف . وقد قدمنا أن الخطأ فيها ذو شقين ، أحدهما مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس . والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ومن ثم وجب التمييز في الشيء بين ما إذا كان بناء أو غير بناء . فإن كان بناء . استبعدت أحكام المسؤولية عن الأشياء . وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذي بيناه . وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضي عناية خاصة . طبقت أحكام المسؤولية عن الأشياء . وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذي سنبينه .

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً . ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك في غيرها ، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتي ، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة . وسرى فيما يلي متى يحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ، كما سترى أن فكرة العناية الخاصة هي فكرة نسبية . فالشيء الواحد قد تستدعي حراسته عناية خاصة أو لا تستدعي هذه العناية بحسب ما يختلف عليه من وضع .

ويستوى أن يكون الشيء منقولاً ، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخفضت والمباني إذا نجم الضرر لا عن تدهورها . أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع . ولا يدخل الشيء المباح (res nullius) . إذ ليس له حارس يكون مسئولاً عنه .

## § ٢ - وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨ - **الفعل الإيجابي** : يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء (fait de la chose) . ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تداخلاً سببياً فإذا وقعت عربة في المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة . أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تنزعها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب

بضرر من ذلك ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح . كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشيء ، ولا يمكن القول في مثل هذه الحالات إن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء ، لأن الشيء لم يتدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر ، بل كان تدخله سلبياً محضاً .

أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي ، أو كانت الشجرة قد اقتلعت بالرياح فقذفت بها في عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية في غير مكانها الطبيعي أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء ، وقد تدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا في إحداثه .

ويمكن القول إن الشيء تدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر ، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر (١) .

والمفروض ، إذا أحدث الشيء ضرراً ، أن الشيء قد تدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداثه . والمسئول هو الذي عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلًا سلبياً ، فينتفي بذلك افتراض الخطأ ، ولا تتحقق المسؤولية إلا بإثبات خطأ في جانب المسئول .

### ٧٢٩ - عزم ضرورة الاتصال المادي المباشر: والتدخل الإيجابي لا يستلزم

الاتصال المادي المباشر . فقد لا يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر ، ومع ذلك يتدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تسمه العربة ، وإذا قفت عربة وقرفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تفادي الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب « موتوسيكل » فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض ، ففي كل هذه الحالات تدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشيء المضرور أو يتصل به اتصالاً مادياً مباشراً .

### ٧٣٠ - فعل الشيء وفعل الإنسان: ونجيب الدقة في التمييز بين فعل الشيء

(fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme). ذلك أن المسئولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض ، أما المسئولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات . ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئوليتين ، ووجب البحث عن معيار للتمييز فيما بينهما .

وقد سار القضاء الفرنسي مراحل متعاقبة في طريقه إلى هذا التمييز . ففي المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء (fait autonome de la chose) ويتحقق ذلك في أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان . (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان . ولكن الشيء انطوى على عيب ذاتي كان هو السبب في وقوع الضرر - ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً : فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان . ويقضى بوجوب إثبات الخطأ . في حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ . وهي حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتي . فهذه حالة لا تدخل في الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما من فعل الشيء . فيجب فيها إثبات الخطأ في جانب السائق . وهو أمر متعذر في الكثرة الغالبة من الحوادث (١) . وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه . حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه . وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي . فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض في جانبه . لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر (٢) .

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية ، في المرحلة الثانية . معياراً بمعيار . وجعلت معيارها الجديد في حكم ذا مشهور صدر في

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان ، ويدون أن مبراس الخطأ فيها لا يسع أن يقوم ، لأنها إما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من فعلهم . لا من فعل هذه الأشياء . مثل ذلك وضع المراج وآلات الأضمة .

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يفتقر فيها الخطأ للفن من حوادث السيارات .

٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ (١). أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة . وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به القانون المصري الجديد . حيث يقول في المادة ١٧٨ : «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ...» (٢). وبقى معيار «الشيء الخطر» تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده ، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة . حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها الجمعية بحكم مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ (٣) . قضت فيه على

(١) دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٧ مع تطبيق ريبير - سبويه ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ مع تطبيق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً للحراسة واجبة ، وذلك بسبب ما يمكن أن يعرض له الناس من الأخطار . » *... mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.*

(٢) ومعيار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير ، ولا يزال يقول به — وهذا ونكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت إليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشيء الخطر . فالمحكمة إنما قالت إن المسؤولية التي تقوم على خطأ مفترض تأسس على حاجة الشيء للحراسة لا يعرض الناس له من الخطر . فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر ، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة ، فترجمها إلى ما يعرض الشيء له الناس من الخطر ( مازو ٣ فقرة ١٢٢٩ ) .

(٣) دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٥٧ مع مذكرة ماتير (Mattor) وتطبيق ريبير - سبويه ١٩٣٠ - ١ - ١٢١ مع تطبيق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص المشار إليه ( م ١٣٨٤ فقرة ١ ) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وتوجيه من يد الإنسان ، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة ، ومن ثم يجب على المضرور للحصول على تعويض ما أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق . ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذي أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منطوقاً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر ، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته » .

« (Que l'arrêté attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384 § 1.) »

معيار «الشيء الخطر» . فلم تردده في أسباب حكمها ، بل ربطت المسؤولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la garde de la chose) ، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر .

فأخذ الفقهاء ، في مرحلة ثالثة ، يحللون فكرة الحراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) . فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء وبمنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقى صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية ، فيكون ، هو دون السارق ، المسئول عن الشيء المسروق .

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي ، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية ، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة ، في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (١) ، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم ، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشيء المسروق . ويكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه . واعتبر الأستاذان

---

== par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384 §1, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.



مازرو والجمهرة من الفقهاء أن حراسة الشيء . كحراسة الحيوان . هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره . مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة . فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق لأنه يسيطر عليه سيطرة فعلية ، وإن كانت سيطرته غير مشروعة . ومالك الشيء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه ، وهي سيطرة مشروعة . ويرتب الأستاذان مازرو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا كان الشيء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه . ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشيء . فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء ، ولا يكون مسئولاً في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا أفلت الشيء من سيطرة الحارس ، وخرج زمامه من يده . وأحدث ضرراً ، كان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس ، ويكون هذا مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض (١) . وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد : « إفلات زمام الشيء من سيطرة الحارس » . يذهبان إلى أن الشيء إذا أحدث ضرراً ، فالمفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشيء ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشيء قصداً إلى إحداث لضرر . فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس (٢) . ومن ثم فكل ضرر يحدث يتدخل إيجاباً من الشيء . ولم يكن مقصوداً من حارسه . يعتبر أنه قد حدث « بفعل الشيء » (٣) .

**٧٣١- القانون المدني الجديد :** والقانون المدني الجديد يبط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً .

لذلك لسنّا في حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التي يقوم عليها الخطأ المفترض في المسؤولية عن الأشياء في القانون الجديد . فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة « العناية الخاصة » التي تتطلبها حراسة الشيء . ولا يجوز اعتبار

(١) مازرو ٢ فقرة ١٣٤٩ .

(٢) مازرو ٣ فقرة ١٣٥٦ .

(٣) مازرو ٢ فقرة ١٣٥٦ س ٢١٨ .

أن الضرر قد حدث بفعل الشيء إلا في حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، أى كانت في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . (والثانية) أن يكون هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وهذا أقرب ما يكون إلى معيار «الشيء الخطر» كما قدمنا . فإذا كان الشيء في حراسة شخص ، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته ، ثم أحدث الشيء ضرراً ، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر في بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده ، فأحدث الضرر . أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة ، فلا يفرض أن الحارس قد قصر في بذل العناية الواجبة ، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير .

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ؟ قدمنا أنه يجب في ذلك الرجوع إلى طبيعة الشيء ، ثم إلى ظروفه وملابساته . ويرتّب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشيء تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض . على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية ، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد ، يفرض القانون بالنص أن حراسها تحتاج إلى عناية خاصة . نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتي (dynamisme propre) . وليست الآلات الميكانيكية وحدها هي التي تحتاج حراسها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها . بل توجد أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون في نفس الوضع . مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيميائية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمناجل والمفرقات وما إلى ذلك (١) .

على أن الشيء قد لا تقتضى حراسته عناية خاصة بالنظر إلى طبيعته . ولكن

(١) وإذا تعجزت مواد ملهية فثبت حريق من جراء هذا الاشجار، كان الحارس مسؤولاً بمقتضى خطأ مفترض . وفي فرنسا لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأه بمقتضى قانون ٧ نوفمبر

الظروف والملابسات التي وجد فيها تجعل هذه الحراسة في حاجة إلى عناية خاصة . فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر ، كل هذه ليست أشياء خطرة بطبيعتها ، ولكن قد تصبح خطرة في ظروف معينة . فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر ، وهي ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات . والشجرة ليست خطرة ما دامت في وضعها الطبيعي . فإذا اقتلعها الريح ورمت بها في عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً . والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملاً . والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل في وضع بحيث ترتطم به الناس . وهذا هو الشأن في الرمال إذا انهالت ، وفي الصخر إذا انحدر (١) .

ومن ذلك نرى أن الشيء تقتضي حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته . وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، أي إذا تدخل تدخل إيجابياً في إحداث الضرر . وهنا يتلاقى القضاء الفرنسي مع نصوص القانون المصري الجديد (٢) .

## المطلب الثاني

### على أي أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٣٢-مسألة: متى تحققت مسئولية حارس الشيء على النحو الذي قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب الحارس . فبين

(١) أنظر في تطبيقات أخرى متنوعة مازو ٢ فقرة ١٢٥٨ — فقرة ١٢٧٠ .  
(٢) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأي (أنظر مازو ٢ فقرة ١٢٣٩) . وما يقولان إن كل شيء قد يصبح خطراً في ظروف معينة . وهذا صحيح . وهو منذ أصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . فإذا أحدث ضرراً غير مقصود ، فرض أن زمانه قد أفلت من يد الحارس . فيرجع الأمر إذن إلى «الحظر النسبي للأشياء» بالنسبة إلى الظروف الملابة . وما إذا كان الشيء قد جعل في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً ، فبعدئذ تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان في شرح النساء الفرنسي . فبدلاً من رأيهم يرجعان حد إسهاب طويل إلى فكرة التدخل الإيجابي . ليست هذه إلا فكرة الشبهة . فتنظر بالنسبة إلى وضعه وملابساته .

الآن ما هو هذا الخطأ . وإلى أى حد هو مفترض .

## § ١ - ما هو الخطأ

٧٣٣- **مطلبات الحراسة** : الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء ،

كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان ، هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde) . فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير ، كان المفروض أن رمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه ، وهذا هو الخطأ .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ في الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم ، اخترعته الصياغة القانونية ليخفي تحته الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً ، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذى أتى إلى المجتمع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر ، وانضغ به ، فإذا ما وقع الضرر فعلا وجب أن يتحمل تبعته (١) . والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في المسئولية عن الحيوان . فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشيء هو تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشيء لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي .

٧٣٤- **ما الذى يثبت الضرر** : والمضروب لا يكلف إثبات الخطأ لأنه

مفترض ، ولكنه يكلف إثبات الشروط التى تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عنده هو حارس الشيء الذى أحدث الضرر ، والمفروض هنا أن الحارس هو المالك ، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر ، وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول . ويجب على المضروب أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية ، والمفروض كما قدمنا أن الشيء قد تدخل تدخل إيجابياً

في إحداث الضرر ، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً .

## ٢٤ - إلى أى حد هو مفترض

٧٣٥ - الافتراض لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضاً

لا يقبل إثبات العكس ، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان . فلا يجوز إذن للحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يفلت زمام الشيء من يده . وقد كان القضاء الفرنسي في أولى مراحل تدرجه يجعل الخطأ مفترضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، ويميز للحارس أن ينفي الخطأ . ثم تدرج إلى جعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، فلم يعد الحارس يستطيع أن ينفي الخطأ عن نفسه (١) .

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذي هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض . فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلاً لإثبات العكس . ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ ، فالصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تحايلاً لإقامة المسؤولية على أساس خطأ وهمي لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه . وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث ، في حكمها الذي أصدرته في دوائرها الجمعية في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ ، عن «افتراض المسؤولية» (présomption de responsabilité) ، لا عن «افتراض الخطأ» (présomption de faute) . ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذي قامت عليه مسؤولية حارس الشيء هو خطأ في الحراسة . والأصل في ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بالألا يجعل زمام الشيء يقات من يده حتى لا يصاب أحد بضرر . وهذا الالتزام هو الالتزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، لا التزام ببذل عناية (obligation de moyen) . فإذا أفلت زمام الشيء من يد حارسه . فنـد

(١) أنظر تفصيل ذلك في مازو ٢ فقرة ١٢٩٧ .

وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس (١) .

ونقرر هنا ما قررناه في المسؤولية عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب . وقد قلنا أن المضروب هو الذي ينزع بهذا الافتراض ولا يضار به ، فلا يجوز أن يحتج به عليه . كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشيء الضرر لذاته (٢) . وقد نبتع مسؤولية حارس الشيء مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد . فإذا كان مالك الشيء قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة ، وألحق الشيء ضرراً بالغير ، فإن المالك هنا يكون مسئولاً بأحد اعتبارين : إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً في جانبه ، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ في جانب التابع حتى يقوم الخطأ المفترض في جانب المتبوع . والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضروب . فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب ، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض ، لا يكونان مسئولين مسؤولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض ، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسؤولية عقدية ، وقد مر بيان ذلك . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع ، وأصاب شيء في حراسة المتبوع التابع بالضرر ، كانت مسؤولية المتبوع مسؤولية عقدية ، لا مسؤولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلاً بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولاً مسؤولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

وحارس الشيء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسؤوليته تقوم على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه .

(١) أنظر مازو ٢ ققرة ١٣١٥ وققرة ١٣١٨ وققرة ١٣٢٠ وققرة ١٣٢٦ وققرة ١٣٢٧  
— ويلاحظ أن القضاء الفرنسي عند ما نكلم عن افتراض المسؤولية ، جل لقروض هو علاقة البية لا الخطأ ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي ، والبية هنا مفترضة افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، وهي تنفي بإثبات السبب الأجنبي .

(٢) مازو ٢ ققرة ١٢٧٢ — ٣ .

٧٣٦- موانع في المسؤولية بنفي عمدة السببية ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذي بيناه ، لم يبق أمامه لدفع المسؤولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع . وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي : قوة قاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المصاب أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ نقول : هـ... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . ثم ينتهي النص بهذه العبارة : « هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل . فهي مسؤولية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل تقوم على أساس تحمل التبعة

## الباب الثالث

### الأثر بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)





## تمهيد

### ٧٣٧ - الإثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام :

كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به في حدود ما لحق الغير من خسارة. فإذا استولى شخص على ملك غيره ، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانوني ، وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة ، يكون قد أثرى دون سبب قانوني على حساب الغير ، فيلتزم برد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو وما افتقر به الغير .

وقاعدة الإثراء بلا سبب على هذا النحو الذي يبناه تعتبر من أولى قواعد القانون . تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي . وهي في غير حاجة إلى تبرير ، إذ تحمل في طياتها ما يبررها . بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام في فجر التاريخ . وهذا مبلغ حظها من البداية القانونية . وهي على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع ، وهذا هو من المصادر الأولى التي عرفها القانون (١) .

### ٧٣٨ - على أنه قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد عرفت منذ

القديم ، فهي لم تعرف إلا على نحو غير متصل الإثراء : عرفها القانون الروماني لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة . بل كجزئيات متناثرة وفروص متفرقة تستقصى في حالات محددة ، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنظمها قاعدة عامة .

وكان حظ القاعدة في العصور الوسطى . سواء في القانون الفرنسي القديم أو في الفقه الإسلامي أو في القانون الإنجليزي . حظاً ضئيلاً لا يبدأن حتى هذا المجال المحدود الذي ظفرت به في القانون الروماني .

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشات الأجزاء ، فبقيت مختططة بغيرها

(١) جيار (Girard) مؤرخ القانون الروماني تاريخ سنة ١٩٢٤ ص ٦٤٢ وما بعدها.

من مصادر الالتزام دون أن نظمر بقوام ذاتي وكيان مستقل<sup>(١)</sup> . حتى عهد قريب ، إذ تناولها القضاء في فرنسا وفي مصر ، وتناولتها التقنيات الحديثة ، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى . وكسبت القاعدة ذاتيتها ، وقامت مصدراً مستقلاً إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام . وسجل القانون المصري الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة في مراحل تدرجها . ومن ثم يعني أن نتابع القاعدة في تطورها التاريخي .

## التطور التاريخي لقاعدة الآثار بلاسبب

### القانون الروماني :

٧٣٩- **طائفتان من الدعاوى :** عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلاسبب : دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلاسبب (action de in rem verso). ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا في حالات معينة حددت على سبيل الحصر . ولم يصل القانون الروماني إلى وضع قاعدة عامة تشمل على جميع الأحوال التي يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب . ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى .

٧٤٠- **دعاوى استرداد ما دفع دون سبب :** وهذه تشمل على الدعاوى

الآتية :

- ١ - دعاوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له ، وتسمى (condictio indebiti)
- ٢ - دعاوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق ، وتسمى (condictio, cause date, cause non secutar) .

(١) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) في كتابه « القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣ » بجدول من الماء يجري تحت الأرض ، فبنت من القواعد القانونية المحددة ما يصحده بوجوده ، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً .

٣ - دعوى يسترد بها الشخص ما دونه لتعبر لغيره من القيام بعمل غير مشروع ( كمنعه من ارتكاب جريمة ) . أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع ( كدفعه إلى رد ما سرقه ) . وهذه الدعوى تسمى ( *condictio ob turpem causam* ) ، فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال العهارة أو المقامرة . امتنع الاسترداد .

٤ - دعوى يسترد بها المقتصر من المثلوى ما افقر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائته ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه . وهذه الدعوى تسمى ( *condictio ob injustum causam* ) .

٥ - دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق . وهذه الدعوى تسمى ( *condictio sine causa* ) بمعناها الضيق . ولكنها لم تكن تباح إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر ، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة . من ذلك أن المقتصر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد في بعض الحالات ، كالمصروفات ينفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن الية . وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر . ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة :

( الأمر الأول ) أن ظهور هذه الدعاوى في القانون الروماني كان نتيجة للشكلية ( *formalisme* ) والتجرد ( *abstraction* ) اللذين انطوى عليهما التعامل في هذا القانون . فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه . حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع ، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض . وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع . ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع . وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في نظرية السبب .

(الأمر الثاني) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمفتقر (negotium contractus) إذ هي في أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد في عقد القرض (mutuum) (١). فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائر أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض (الأمر الثالث) أن الإثراء في هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبي. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة. وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن الإثراء هنا يكون محلاً لطائفة الأخرى من الدعاوى وهي دعاوى الإثراء بلا سبب.

٧٤١- دعاوى الإثراء بلا سبب: وهذه بدأت في دائرة محدودة هي دائرة التعاقد الذي يتم ما بين شخص وآخر. يكون تحت السلطة الأبوية ولداً. أو تحت سلطة السيد عبداً. فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد نوب أن يكون هو طرفاً فيه. جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى في حدود افتقار من تعاقد مع الرئد أو العبد.

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما. فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء. كشریک تعاقد مع الغير فعاد التعاقد بنفع على الشركة. ولكن ظلت الحالات التي تباح فيها هذه الدعاوى هي أيضاً محدودة. ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب.

القانون الفرنسي القديم :

٧٤٢- دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: لم يعرف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الروماني. وأظهر هذه التطبيقات هي دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa) (٢).

(١) أنظر سافيني (Savigny) في القانون الروماني (ترجمة جينو ١٨٥١ - ١٨٥٥) ص ٥١٣ - ص ٦١٧ - فارن جيار موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها.

(٢) أنظر دوما (Domat) (الفوائين المدنية ١ الكتاب الثاني الباب السابع الفصل الأول ص ١٠٠).

وقد وقع تصور هام في شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم . فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً في العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشيء الكثير من أهميتها . إذ كانت في القانون الروماني - وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول - ذريعة لتلافي النتائج التي تترتب على هذه الشكالية وهذا التجريد . فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع . أما بعد أن اعترف القانون الفرنسي القديم بالسبب ركناً في العقد . فقد أصبح العقد الذي لا سبب له أو لا يكون سببه غير مشروع عقداً باطلاً . فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا في الحالات القليلة التي ينفذ فيها العقد رغم بطلانه . أو في الحالات التي يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

**٧٤٣ - دعاوى الإثراء بلا سبب :** وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح في بعض حالات الإثراء . ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة . وعالج بوتييه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية . فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره ، معتقداً أنه يدير شؤون نفسه . أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل . اختل ركن من أركان الفضالة . فلا تطبق أحكامها كاملة . وتطبق أحكام فضالة ناقصة (Gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولي على استرداد ما أتفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى (١) .

الفقه الإسلامي (٢) :

**٧٤٤ -** لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني والقوانين اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه . وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامي في ذلك هو دفع غير المستحق . والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجمعاء مصدراً للالتزام . فلو أن شخصاً

(١) أنظر بوتييه (Boutin) في باب الوكالة مقالة ١٨٢ ومقالة ١٨٩ .

(٢) نظرية العقد - ص ٦٧ من ٦٩ - ص ٧١ .

طن أن عليه ديناً . فبان خلافه . رجع بما أدى (١) .  
ولا يعترف الفقه الإسلامى بعمل الفصولى مصدرراً للالتزام . ويعتبر الفصولى  
متبرعاً لا يرجع بشئ على رب العمل (٢) .  
أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامى . على أنه  
توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب فى هذا الفقه ملزماً للمثرى على  
حساب الغير . ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذى افتقر لم يكن  
له بد من ذلك ، كما لو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن  
الحاكم ، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى لأنه  
مضطر إلى البناء إذ أو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى  
على بناء سفله لعدم تعديبه (٣) .  
ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام فى الفقه الإسلامى  
إلا فى حالات قليلة .  
القانون الإنجليزى (٤) :

٧٤٥ - وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً فى الفقه الإسلامى ،  
فهو لا يزيد اتساعاً فى القانون الإنجليزى . وفى هذا يتقارب الفقه الإسلامى والقانون

(١) الأعيان والظواهر جزء أول من ١٩٤ . وفى شرحه غمز عيون البصائر من دفع  
شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة . أنظر أيضاً فى هذا المعنى ٢٠٢  
وم ٢٠٧ من كتاب مرشد الميراث .

(٢) يؤيد هذا ما ورد فى مجمل الضمانات من النصوص الآتية : عمر دار امرأته لها بلا إذنهما  
على النفسى المارة كلها لها ولا شئ عليها من النفقة فإنه متبرع ، وعلى هذا التفصيل عمارة  
كرم امرأته وسائر أملاكها ( من ٤٥٣ ) — المديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته  
بغير أمره لا يبرأ من الدين ولا يرحم بما أنفق على من أنفق عليه ( من ٤٤٩ ) — لو قضى دين  
غيره بغير أمره جاز ، فلو انتفى ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء  
الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين ، وعليه للقاضى مثله ( من ٤٤٨ —  
من ٤٤٩ ) .

(٣) وفى جامع الفصولين زرع بينهما فتاب أحدهما وأتفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذى  
العلو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالاتفاق . والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان  
حاضراً يجبره القاضى على الإنفاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فذا زال  
الاضطرار كان متبرعاً ، أما ذو العلو فمضطر فى بناء السفلى إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضراً  
فلا يأمر غيره لو غائباً ، والمضطر ليس بمتبرع ( شرح المجلة للأستاذ سليم باز من ٧٠٥ ) .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١ من ٦١ — من ٦٢ .

الإنجليزي . ويعدان معاً عن القانون الروماني .  
وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزي هو دفع غير المستحق ، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي . فن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن ، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، يسترد في القانون الإنجليزي ما دفعه بشرط أن يكون الغلط في الواقع لا في القانون (١) .

وليس للفصول في القانون الإنجليزي الحق في استرداد ما تُفقه من المصروفات إلا في حالات محددة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الفرق وحالة الدائن المرتين فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المروثة (٢) .  
أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلا في حالات خاصة (٣) .

#### القانون الفرنسي الحديث :

**٧٤٦- المرحمة الأولى (إظهار المبدأ العام) :** لم يحتو قانون نابليون نصاً يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا القانون على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة ، ودفع غير المستحق ، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والفراس في أرض الغير .

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegèse) هو الذي تلى التقنين الفرنسي في أول مراحل ، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها ، فقد ترقب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً في هذه المرحلة الأولى . واقتصر

(١) أنظر كينر (Keener) في شبه المقدس ٨٥ وما بعدها و ١٣٩ وما بعدها .

(٢) أنظر جنكس (Jonka) م ٧٢٠ .

(٣) نذكر منها ما يأتي : ١ - إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الحسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذي أخذه من الغير عن هذه الحسارة ٢ - إذا استولى أحد الشركاء في السبوع على أكثر من نصيبه في غلة المين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣ - إذا لم يتم أحد المتاعدين بما عليه من التزام فلآخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التي دفعها للطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به هو من الأعمال تنفيذاً للعقد . يراجع في هذه الحالات جنكس (Jonks) م ٧٠٧ وما بعدها .



الفقه والقضاء في فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة في حالاتها الخاصة ، دون أن يصلأ فيما بينها .

**٧٤٧- المرحلة الثانية (الفضالة الناقصة):** ثم دخل القانون الفرنسي في مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة في النصوص التشريعية . ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذي قال به بوتييه فيما قدمناه . وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضى بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة . وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها ، وبخاصة ركن القصد في تولى شؤون الغير (١).

**٧٤٨- المرحلة الثالثة (الاعتراف بالمبدأ العام منطوياً على قسريته):** ودخل القانون الفرنسي بعد ذلك في مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين . العامل الأول زوال سلطان مدرس شرح على المتون ، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربة النصوص التشريعية . وأمكن أن تصاغ المبادئ العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص . والعامل الثاني أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب، ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات في حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة . فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته . مستقلاً عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة .

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المعروفان أوبري ورو في كتابهما المشهور ، فاعتبرا أن قاعدة الإثراء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلاً عن الفضالة كمصدر

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٨ يولية سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤٧١ . وقد تلى هذا الحكم حكمان آخران طبقا لها أيضاً دعوى الفضالة في حالات الإثراء بلا سبب : محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٤٥٧ ، وفي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٢٠٤ . وآخر حكم دلت فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر في ١٦ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٩ مع تعليق لبل ول. وانظر في الفقه الفرنسي ديولومب ٣١ ذرة ٤٩ - لوران ٢٠ ذرة ٣٣٧ - لارو ٤٠٠ .

للتزام مبنى على قواعد العدالة . وما ورد من نصوص تشريعية في القانون الفرنسي ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل الحصر (١) . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٨٩٢ أن سارت وراء الفقيهين العظمين وقضت بقولها (٢) .

وبلاحظ في هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن الفضالة ، فإنها قد غلت بقيدتين . أولها أن دعوى الإثراء إنما هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . بهذا قال الفقيهان أوبري ورو ، وتبعهما في ذلك الفقه والقضاء في فرنسا . والقيد الثاني أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ورد ذلك صراحة فيما قاله أوبري ورو ، وسبقهما إليه بوتييه فيما نقلناه عنه ، وتبعهم في ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان حتى اليوم .

ولا يزال القانون الفرنسي يعالج الدخول في مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدتين . ويحرر القاعدة من جميع القيود التي تعطل من إطلاقها وشمولها .

(١) أنظر أوبري ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس من ٢٤٦ — من ٢٤٧ . وقد أحاط الفقيهان المبدأ ، بعد أن أكدوا استقلاله ، بقيدتين وردا فيما نقله هنا من عبارات الفقيهين ذاتها :

« ... il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne pourrait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ... on doit ... s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso ... »

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ . وانتهت هذه المحكمة ، في حكمين مشهورين لها (في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سبريه ١٩١٨ — ١ — ١١ . وفي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢) بأن استعارت بعض الألفاظ التي استعملها الفقيهان أوبري ورو . فقالت في حكمها الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سبريه ١٩١٤ — ١ — ١١)

## القانون المصري :

٧٤٩- التقنين المصري القديم : لم يرد في التقنين المدني القديم نص يقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض ، حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة ، هو نص المادتين ١٤٤/٢٠٥ وقد جرى بما يأتي : « من فعل بالفعل شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة في دفع غير المستحق وفي المصروفات الضرورية والنافعة وفي البناء والغراس في أرض الغير وفي غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب .

ويبدو أن المشرع المصري في التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجري عليه في القانون الفرنسي وقت صدور التقنين المصري . فقد صدر التقنين المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلي في سنة ١٨٨٣ . وهذا هو الوقت الذي كان القانون الفرنسي يجتاز فيه مرحلته الثانية ، وكان يخلط في هذه المرحلة بين الفضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا . والنص المصري يحمل أثر هذا الخلط واضحاً . فهو في صدره يتحدث عن أركان الفضالة ، وفي عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب ، فيخلط بين الإثنين خلطاً كان سبباً في اضطراب الفقه والقضاء في مصر مدة غير قصيرة .

ويجتاز القضاء المصري مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا

١٩١٨-١-٢١١ ما يأتي :

« Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne, se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit. »

لم تفتقد بعد ذلك أحكام شبكة القس المدنية في هذا النوع .

سبب . فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى (١) .

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين . ويرى قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة ، لها قوام ذاتي وكيان مستقل ، وهو يقتضى فى ذلك أثر القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة على الترجمة الذى أسلفناه . وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة فى سنة ١٨٩٩ (٢) أى بعد دخول القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة بوقت قصير (٣) . ولكن القضاء المصرى . فى هذه المرحلة الثانية . يبنى حائراً أمام النص الغامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) . وتفسر محكمة الاستئناف المختلطة النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب ، وتكفل أحكام الفضالة إلى قواعد العدالة والقانون الطيعى (٤) .

وفى المرحلة الثالثة ، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوربلى م ٢٠٥ رقم ١ — حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم فى رسالة الدكتور (Maravent) المنشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير — فبراير ص ٣٠) — حكماً ثالثاً فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ (أنظر أيضاً فى هذا الحكم رسالة الدكتور (Maravent) م ٣١ — م ٣٢) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩ — حكماً ثانياً فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ ص ٢٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ . وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها فى ١٢ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ ص ١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب فى دقة وردعها إلى سندها القانونى الصحيح ، أى إلى قواعد العدالة ، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الموقف فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه ، وسرى بيان ذلك .

(٣) وقد رأينا أن القانون الفرنسى دخل فى مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢ .

(٤) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب : محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ — حكماً ثانياً فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ — حكماً ثالثاً فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ — حكماً رابعاً فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — حكماً خامساً فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ — حكماً سادساً فى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ — حكماً سابغاً فى ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — حكماً ثامناً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧ ص ٥٣ — حكماً تاسعاً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

في سنة ١٩١٧ . لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب . بل هي ترد كل قاعدة إلى سندها القانوني الصحيح . فتقتصر نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة . ونستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعي . فتصحح بذلك وضعا بدأ مقابوا (١) . ويبقى الفقه والقضاء في مصر . طوال هذه المرحلة الثالثة في ظل التقنين القديم ، يميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها . ولكنهما يبقيان كذلك . متأثرين دائماً بالقانون الفرنسي . يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب . فيقولان مع الفقه والقضاء في فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى (٢) . وإن كان جانب من الفقه نفي عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سنرى . وكان لا بد من أن يصدر التقنين المدني الجديد حتى يدخل القانون المصري في مرحلته الرابعة التي يجرى فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدتين الآخرين المتخلفين عن أعقاب الماضي . وهذه المرحلة الرابعة التي وصل إليها التقنين المدني الجديد لا يزال القانون الفرنسي . على ما رأينا . يردده الإحجام عنها .

**٧٥٠ - التقنين المصري الجديد:** خطأ التقنين المصري الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة ، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية :

١ - جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها . كمصدر من مصادر الالتزام .

(١) أنظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازت ص ٩٠ . وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدني المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص في تحديد آثار الفضالة ، حتى تجعل القسوى يترد المصروفات الضرورية والنافعة دون أن يقتصر على أدنى القيتين كما ورد في النص .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ في ١٤٨ - حكم ثان في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ في ٤١٧ - حكم ثالث في أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ في ٣٧ - حكم رابع في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ جازت ص ٢٥ في ٣٩٣ . وانظر في الفقه : والتون ص ١٩٠ - ص ١٩١ - ذهي فقرة ٧٠٥ وما بعدها - الوجز للمؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٩١ - حشمت أبو سبت فقرة ٥٣٣ ( ويقرر في شيء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى : فقرة ٥٤١ ) .

٢ - صحح الوضع الذي كان مقلوباً ، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب . فهذا المبدأ هو الأصل . وهذان التطبيقان هما المبدأان يتفرعان عنه . وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلاً يتفرع عن الفضالة . ويسمى بالفضالة الناقصة .

٣ - حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية ، فنفى عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لا بشرط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى .

وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب في ظل التقنين الجديد نموه . وانفسحت أمامه سبل التطور . وسنرى تفصيل كل ذلك فيما يلي .  
وليس التقنين الجديد مدعاً فيما استحدث ، فقد سبقه إلى السير في هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة (١) .

ونستعرض في فصلين متعاقبين : (أولاً) القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . (ثانياً) أبرز تطبيقات لهذه القاعدة : دفع غير المستحق والفضالة (٢) .

## الفصل الأول

### القاعدة العامة : الإثراء بلا سبب (\*)

٧٥١ - النصوص : قدمنا أن القانون المصري القديم لم يشتمل

(١) من ذلك التقنين الألماني (م ٨١٢) والتقنين السويسري (م ٦٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البولوني (م ١٢٣) والتقنين البناني (م ١٤٠) والشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧٣) .

(٢) يوجد عدا ذلك في التقنين الجديد نصوص تشريعية وردت في حالات خاصة ، ويجب في هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء ، فإن هذه النصوص إنما هي دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة . من ذلك البناء والفراس في أرض الغير (م ٩٢٤ - ٩٢٥) ، والبناء والفراس من التفجيع في المقار الشفوع (م ٩٤٦) والصروفات الضرورية والنافعة (م ٩٨٠) . كما توجد نصوص هي تطبيقات محضة لمبدأ الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبدأ كما هو في الحالات التي وردت فيها هذه النصوص (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ وم ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٣٣٣ وم ٦٨٨ فقرة ٣ وم ٨٩٧) .  
(\*) المراجع : دى هانس الجزء الثاني - هالتون الجزء الأول - والتون الجزء الثاني - الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات - الدكتور محمد وعية في الالتزامات - الدكتور =

على نص يورد قاعدة عامة للإثراء بلا سبب . بل اقتصر على إيراد نص مضطرب في الفضالة . ونصوص أكثر عدداً في دفع غير المستحق . وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب في مختلف نواحي القانون (١) .

أما القانون الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق

= محمد صالح في أصول التعهدات — الموجز في الالتزامات للمؤلف — الدكتور أحمد حمت أبو سنت في نظرية الالتزام — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوربري ورو الجزء التاسع . الرسائل : الدكتور محمود أبو عافية في التصرف القانوني الخرد — ستويسكو (Stoicesco) باريس سنة ١٩٠٤ — بوشيه ليكلير (Bouché- Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ — سافاتيه (Savatie) بوانيه سنة ١٩١٦ — لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ — موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — جيرونا (Gerona) باريس سنة ١٩٢٥ ( في القانون الألماني ) — الموزينينو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ — موزوي (Mosoiu) باريس سنة ١٩٣٢ — بيجته (Beguet) الجزائر سنة ١٩٢٥ — مارافان (Maravent) الرسالة منشورة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير — فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩ . المقالات : لوبيير (Loubers) المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ — ريبير وتيسير (Ripert et Tesseire) المجلة الفقهية للقانون المدني سنة ١٩٠٤ — رينار (Renard) المجلة الفقهية للقانون المدني سنة ١٩٢٠ — رواست (Rouast) المجلة الفقهية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ — بيكار (Picard) المجلة الفقهية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ . التعليقات : لآيه (Labbé) سيريه ١٨٩٠ — ١ — ١٨٩٣ و ١٨٩٧ — ١ — ٢٨١ — بلانيول (Planiol) دالوز ١٨٩١ — ١ — ٤٩ — ١ — ١٨٩٣ — ١ — ١٦١ — ساري (Sarrut) دالوز ١٨٩٢ — ١ — ١٦١ — فال (Wahl) سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٦٥ — ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠ — ١ — ٤٢٥ و ١٩١٨ — ١ — ٣١٣ — بوركار (Bourcart) سيريه ١٩١١ — ١ — ٣١٣ — رواست (Rouast) دالوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أوجز التفتين الحال ( القديم ) إيجازاً مغلا في إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع ما لها من أهمية بالغة . فلم يورد بشأن القاعدة العامة في الفضالة إلا نصاً واحداً تموزه الدقة ويسوده القموس . وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب ، فن الملحوظ أن القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لم تجد لها على التفتين من ذلك ، مكاناً في هذه النصوص ، اللهم إلا إشارات متناثرة في مختلف أجزاء التفتين » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٩ ) .

## والفضالة (١)

والنص الجوهري الذي يقرر القاعدة العامة في القانون الجديد هو المادة ١٧٩ ، وقد جرت بما يأتي :

« كل شخص . ولو غير مميز . يترى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر . يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد (٢) » .  
التأصيل القانوني لقاعدة الإثراء بلا سبب

## ٧٥٢- مذاهب مختلفة - استنادها إلى الفضالة (الفضالة الناقصة) :

كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً هي ربطها بنظرية الفضالة ، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع . بل على أن الأولى هي التي تشتق من الثانية . فهي ضرب من الفضالة : فضالة ناقصة . أو هي امتداد لقواعد

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد أيضاً ما يأتي : « وقد بدأ المشروع ( القانون الجديد ) بقرير القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتيه العاليتين ، وهما رد غير المستحق والفضالة . وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعي عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب ، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولاً على ما يقتضيه المنطق » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩ ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٨ من المشروع التهدي على الوجه الآتي :  
١٥ - كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يترى دون سبب على حساب شخص آخر ، يلزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الذي أثرى به . ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد . ٢ - فإذا تبرع للترى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ، ولكن بقدر ما أثرى .

لجنة المراجعة : تبنت المادة ٢٤٨ من المشروع ، واقترحت إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : « كل شخص ولو غير مميز يترى دون سبب على حساب شخص آخر يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو زال الإثراء فيما بعد » . وأصبح رقم المادة ١٨٤ في المشروع النهائي . مجلس النواب : وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤ . لجنة مجلس الشيوخ : تبنت المادة ١٨٤ ، واقترحت إضافة كلمة « مشروع » إلى عبارة « بدون سبب » فوافقت اللجنة على ذلك . وأصبح رقم المادة ١٧٩ . مجلس الشيوخ : وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠ - ص ٤٤١ )



الفضالة حيث تختل أركانها . فالنضولى يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل . فإذا انعدم هذا القصد . أو تولى الفضولى شؤون غيره رغم إرادته . اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام ، فالمفتقر فى هذه الحالة لا يسترد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمته إثناء الغير وافتقاره . والقائلون بهذا الرأى هم المتخفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون . فقد ظنوا فى حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعى . ثم تلمسوا فى الفضالة وهى قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة . فزاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسماها الفضالة ناقصة .

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فهناك فرق جوهري بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة فى بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب . فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذى يدخل فى حدود الفضالة . ذلك أن هذا المبدأ نزعته موضوعية لا ذاتية ، فلا عبرة فيه بالنية ، ويمكن أن يفقر شخص فيثرى شخص آخر على حسابه دون سبب قانونى حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . أما الفضالة فزعتها ذاتية إلى حد كبير ، إذ أن أساسها هو قصد الفضولى أن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فما لم يوجد هذا القصد فلا فضالة . ومن ثم وجد الفرق فى الحكم : يرجع الفضولى بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه ، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى . فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهري . وإذا أريد أن تكون إحداها تطبيقاً للأخرى ، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة - فى الأصل الذى يبنى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع - هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

٧٥٣- استنادها إلى العمل غير المشروع : ومنذ دالت د . الشراح

على المتون ، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب فى نظر الققه -ج- إلى نص تشريعى تستند إليه ، تحررت القاعدة من ربقة النصوص التشريعية ،

ولسكنها بقيت ترسفت في أغلال التبعية . فلا بد أن يستند هذا الفن إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش في ظلها . فاستندت إلى قاعدة العمل غير المشروع ، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسؤولية التقصيرية .

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع ، قاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة في العمل غير المشروع هي أن كل من أضر الغير بخطأه يلزم بالتعويض . كذلك القاعدة في الإثراء بلا سبب هي أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلزم بالتعويض .

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع - وعلى رأسهم پلانيول - يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر . ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع . ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية .

وعيب هذا الرأي واضح . فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء . وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تفتقر بخطأ من المثرى . ولا هي في ذاتها تعد خطأ من المثرى ، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التي أدت إليها الواقعة ، لا الواقعة ذاتها .

#### ٧٥٤ - استنادها إلى قاعدة تحمل التبعية . وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان

ريبير (Ripert) وتيسير (Teisseire) (١) . فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هي إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعية . فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغرم تحمل تبعته . ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدراً للغنم جنى فائدته . فالمتقرر قد كان نشاطه - عملاً كان أو مالاً - مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى ، فوجب أن يترد هذه القيمة لأنّها من خلقه إذ هي نتيجة نشاطه . والغنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (le risque créé) .

(١) أنظر المجلة الدورية لقانون المدنى سنة ١٩٠٤ ص ٧٢٢ .

وهذا الرأي تعوزه الدقة . إذ لو صح لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى ، وليس بأدنى القيمتين فحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسنرى أن الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية في قاعدة الإثراء بلا سبب (١) .

### ٧٥٥ - قاعدة الإثراء بلا سبب لا تنسحب إلى قاعدة أثرى بل هي قاعدة

مستقلة تقوم بذاتها: والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هي قاعدة أصلية لا تنفرد عن غيرها . فهي مصدر مستقل من مصادر الالتزام . وليست منحة بالفضالة (بل الفضالة هي التي تلحق بها) ، ولا بالعمل غير المشروع . ولا بتحمل التبعة . وهي تنصل اتصالاً مباشراً بقواعد العدالة ، المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من افترق ؟ فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا والقانون الرومانى ذاته ، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة . يجعل أساسها العدالة (٢) ؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً للالتزام ؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانونى للعمل غير المشروع ، ونبحث عنه في الإثراء بلا سبب ، وكل من القاعدتين مرده العدالة ؟

وإذا سرفنا في تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتى :

الأصل أن مالك الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حاتين اثنتين : إذا اتفق الشخصان على ذلك ، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال . فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه ، وهذه هي قاعدة الإثراء بلا سبب (٣) .

(١) وقد رجع الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأي في كتابه « القاعدة الأدبية » ، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق .

(٢) أنظر في هذا المعنى عمدة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ - وحكماً ثانياً في ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ - وحكماً ثالثاً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ - وحكماً رابعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٣) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية في رسالته « التصرف القانونى المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ م ١٩٠ ب ص ١٩٢ .

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة ، على وضوحها ، رقفاً طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتي ، لأنها قاعدة بيت رأساً على العدالة والبداية ، فلم تصقلها الصنعة القانونية . والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة ، فحوله من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تلزمها الناس في التعامل . ولذلك وجب أن نسير في طريق الصياغة إلى مدى أبعد ، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى .

الواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المثرى هي واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب . وهي واقعة قانونية (*fait juridique*) لا عمل قانوني (*acte juridique*) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد . وهي واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقرن به خطأ من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع .

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له . وفي هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع .

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته ، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه . وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانوني . كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويرسم أحكامها . أما الأركان فهي أن يكون هناك إثراء في جانب . يترتب عليه افتقار في جانب آخر ، دون أن يقوم سبب قانوني لهذا الإثراء .

وأما الأحكام فتتلخص في أن المثرى يرد إلى المنتثر ما أثرى به الأول و حدود ما افتقر به الثاني .

وبقى أن نعرج إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام .

## الفرع الأول

### أركان الإثراء بلا سبب

٧٥٦- **أركان الإثراء بلا سبب ثلاثة:** قدمنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة:

(١) إثراء المدين. (٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. (٣) انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء. هذه هي أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء. وليس من الضروري بعد ذلك ، كما قدمنا ، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى .

## المبحث الأول

### إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧- **وموجب تحقق الإثراء:** أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن

يتحقق إثراء المدين . ذلك . لأن مصدر الالتزام الذي يترتب في ذمته إنما هو هذا الإثراء . فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام . كما لو وفي شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له . فهنا لم يتحقق الإثراء في جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه (١) . وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سئرى . ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولاً ، لا بعقد القرض إذا أبطله . ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء . والأصل في الإثراء أن يكون إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً ، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر ، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠٠ س ٢٠٢ .

## الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي :

### ٧٥٨- الإثراء الإيجابي : يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة

مالية إلى ذمة المدين (١) . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً ، عيذاً كان أو شخصياً ، أو أن يزيد فيما يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدرأ من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها (٢) . وإذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء في هذا العقار أثرى الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه . وإذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة ، أو قام الراسي عليه المزداد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزع العين من يده ، كان في هذا إثراء لمن تؤول إليه العين .

وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره (٣) . مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار (٤) . ومثل العمل تصميم قام به مهندس (٥) أو لحن ألفه

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ص ٨٥ .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ .

(٣) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور . فقد كان الفقه في فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حق إلى مال المدين (أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٨ - ديموج ٣ فقرة ١٥٠ - رينار ص ٢٤٨) . ثم تطور فأجاز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلانيول وريير وإسمان ٧ ص ٤٨) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليه شغلها بغير حق وبذلك حرم مالكها المدعى من الانتفاع بها ، وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن للباقي الشغولة بها الأرض حتى البقاء والفرار عليها ورفض إزالتها ، ثم حكم بعدم حقه في ذلك وبوجوب الإزالة ، فإن المدعى يكون بهذا الحكم مستعقاً للتعرض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه عدم انتفاعه بالباقي بعض الزمن ، لأن المالك لم يتعهد له بهذا الانتفاع ، والأجر الذي يطلبه إنما هو في مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانوني لافي مقابل الانتفاع بالباقي . ولذلك يكون المدعى عليه مسؤولاً عن أجر الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة الباقي (محكمة النقض في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص ١٥٧) .

وانظر أيضاً في الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعاً مؤقتاً محكمة النقض الفرنسية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالتورز الأسوع ١٩٢٩ - ١٨ .

(٥) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢٨ ص ٣٣٨ .

موسبقاً وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون عقد . ومثل العمل أيضاً خطية تعمل لخطيتها دون أجر ثم لا يتم الزواج . وعارف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يحمله دون اتفاق على الأجر . والسماح لا تتم الصفقة على يديه ولكنه هو الذى يجمع بين البائع والمشتري (١) .

**٧٥٩- الإثراء السلبى :** وقد يكون الإثراء سلبياً . ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص بدين على آخر ، فيثرى هذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون . مثل ذلك المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهى واجبة على المؤجر ، والتاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقها واجبة على الزوج ، والمشتري لعقار مرهون يدفع دين الراهن (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التاجر الذى ينتفع بجهود شخص وبصلاته التجارية فى الخارج يكون قد آثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملاً للبائع ، ولم يلتزموا فى عقدهم بدفع أى دين على الأرض . ثم اشترى شخص آخر باقى الأرض للملكة للبائع ، ووجد أنها مرهونة هى والأرض المبيعة لسواه من قبل ، فسدد ما على الأرس كلها من ديون ، كان الذين اشتروها قبله ملزمين بأن يسددوا للمشتري المذكور ما دفعه عن أرضهم ، لأنه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء المشترين شخصياً بالدفع ، إلا أنهم قد استفادوا فعلاً من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم فى ضمان الدين . ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل ، خصوصاً وأن المشتري لم يكن متطوعاً فى سداد ذلك الدين ، بل كان مجبراً على سدادها ليدفع عن أرضه خطر نزع الملكية ، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر مادام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقيين . والقول بغير ذلك وبعدم التزام من اشترىوا قبلاً بدفع ما سددته عنهم المشتري الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى الإثراء على حساب الغير ، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع ، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر فى ثروة اللزوم بالدفع ، فبدلاً من أن تنقص ثبتي كما هى» (محكمة استئناف مصر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١) .

وقضت محكمة النقض بأن «السكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كلفه منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملاً بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى (م ٨٠٠ جديد) ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملاً بالمادة ١٤١ من القانون المدنى (م ٢٣٥ جديد) . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملاً بالمادة ١٤٤ =

ومن صور الإثراء السلبى كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها شئاً . فيترى إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يثلف متاعاً له حتى يطفىء حريقاً شبت فى منزل جاره . وربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من الغرق (١) .

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

**٧٦٠- الإثراء المباشر :** يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل، فى أية صورة من صوره . مباشرة من مال المقتدر إلى مال المثرى . إما بفعل المقتدر وإما بفعل المثرى نفسه . مثل الانتقال بفعل المقتدر من يدفع دين غيره ، والمستأجر يقوم بالترميمات الحسمة فى العين المؤجرة (٢) . ومثل الانتقال بفعل المثرى

== (م ١٧٩ جديد) (محكمة النقض فى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ من ٦١) .  
أظهر أيضاً فى الإثراء عن طريق سداد دين على المثرى محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦١٥ - وحكما آخرى فى ٤ يونيه سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٠٢ .

(١) ومثل ذلك أيضاً - من قضاء محكمة النقض - أن يتقدم ناظر وقف يضرب شراء أطيان بنال البذل المتجدد ، فيتقدم شخص محسباً يعارض فى إتمام الصفقة ، ويثبت أن الأطيان المراد شراؤها ليست ملكاً للبائع بل هى موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيسرق جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقيه ضياع آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه . فالشخص المحسب هنا قد افتقر بقدر ما تسكفه من مصروفات وأتقاب حمامة للوصول إلى النتيجة التى وصل إليها ، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها . وتسكون مطالبة هذا الشخص المحسب لجهة الوقف بما تجسسه من مصروفات وأتقاب حمامة هى مطالبة ممن أذد لمنفع بما استفاد ، وتسكون دعواه هى دعوى الإثراء بقدر سبب (محكمة النقض فى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ من ١١٤٥) .  
أظهر أيضاً فى الإثراء عن طريق تجنب المثرى خسارة أو التوفير عليه فى مصروف محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٧٥ (إطفاء حريق) - وحكما آخر فى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٢ - ١ - ٥١٣ . وانظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) - دينوج ٣ فقرة ١٤٩ .

(٢) أظهر فى أمثلة أخرى من القضاء المصرى محكمة استئناف مصر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسى عليه المزارد أحدث إصلاحات فى العين التى رسا مزارداها عليه) - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ٣٠١ وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ١٣٥ (المستأجر الذى أبطل لإيجاره أو سبغ أحدث إصلاحات فى العين المؤجرة) - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٣٩ وفى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٣٣٨ (المهندس الذى قام بعمل مشروعات أو =



من يستولى على مال لغيره دون حق . ومن يسبّك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية (١). وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة . كما يحدث في طرح البحر . فيكون الإثراء مباشراً .

### ٧٦١- الإثراء غير المباشر: ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل أجنبي

في نقله من مال المقتقر إلى مال المثرى . وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كربان السفينة يلقي ببعض ما تحمل إلى البحر لإنقاذ الباقي من الغرق ، وكفرقة إطفاء الحريق تلتف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق ، وكالمقتصب يبنى بمواد غيره في الأرض المقتصة (٢) . وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني . مثل ذلك أن يشتري شخص سيارة من آخر ، ثم يدفعها إلى « ميكانيكي » لإصلاحها . وينسخ عقد بيع السيارة ، فيرجع الميكانيكي وهو المقتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثرى . ويكون المشتري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني في نقل الإثراء من المقتقر إلى المثرى . والعمل القانوني هو عقد المعاولة الذي أبرمه المشتري مع الميكانيكي لإصلاح السيارة (٣) . ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشتري سباً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه ، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت

==تصميمات==  
محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧ ص ٤٢ وفي ١٠ يولية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٧ وفي أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٨ (التاجر والحامي والسمار يؤدون خسائر دون سابق اتفاق) .

(١) استئناف مختلط في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . أظن أيضاً استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ (شخص ينفع بنفوذ مملوكة لغيره دون عقد قرض) - استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكاً لغيره دون عقد إيجار) .

(٢) وقد يكون الأجنبي التدخل بعمل مادي هو ناظر الوقف يقترض مالا دون إذن القاضي يدخل به تحيينات على العين الموقوفة فيسبل القرض ويرجع القرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة في أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٩) وأظن أيضاً استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ وفي ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٢٣ وفي ٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤١ ص ٣٤٥ . وأظن أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦١ .

(٣) وميكانيكي يشاهد أن يرجع على المشتري الذي تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد .

بالمهاد جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجع على المثل وهو المثلرى بقدر ما عاد به المهاد على الزراعة من نفع في حدود الثمن . والأجنبي الذى تدخل هنا هو المستأجر . وتدخله وقع عن طريق عمل قانونى هو شراء المهاد (١) . ومثل ذلك أخيراً أن يعتمد مدير شركة إلى اختلاس أسهم لها برهنها في قرض يعود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها ، فترجع الشركة الأولى وهى المفتقرة على الشركة الثانية وهى المثرية بدعوى الإثراء . والأجنبي الذى تدخل هنا هو المدير الذى اختلس الأسهم . والعمل القانونى الذى عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنفع بالقرض الذى حصل عليه برهن الأسهم المختلسة (٢) .

(١) أنظر مارافان (Maravent) في رساله المنشورة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٧٢ — هذا وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه وإذا عرض المالك أرضه للتأجير بالمراد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين ، وبعد موافقة المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم أجراها المالك لآخر بناء على شرط في فائة المراد يسبح له بذلك ، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المراد فيه ما صرفه في الزراعة لأنه زرع في أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل . وإذا كان المالك سلم الأرض بما عليها من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره . أما الراسى عليه المراد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشيء ما (استئناف أسبوط في ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٣٩ من ٧٢) . هذا وملاحظ هنا أن الإثراء في حالة رجوع الراسى عليه المراد على المالك هو إثراء مباشر ، وفي حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر يتدخل من الراسى عليه المراد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذى قام به الراسى عليه المراد لزراعة الأرض .

والمستأجر للأرض الزراعية يفرس فيها زرعاً المناول يقيم بناء على أرض مؤجرة تعيذاً لعدم يتم بينه وبين المستأجر ، فيحق للمناول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء ، والإثراء هنا غير مباشر يتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانونى هو العقد الذى تم بينه وبين المناول (أنظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ من ٤٧٠) . ودعوى الإثراء التى تعطى للمناول في هذا الفرض هى غير حق الامتياز التى قرره القانون المدنى الجديد للمناولين (فإن حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٥٣) — وملاحظ في هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط في عقد الإيجار أن يكون البناء أو الفراس له عند نهاية الإيجار ولأنه كان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كما سأتى .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣٢٧ . أما الفقه في مصر فكالتضاء يغير الإثراء غير المباشر (النون ٢ من ١٧٤ — ١٧٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٦ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧) . ولا ينبغي للقانون أن الألمان والسويسرى =



انقضاء في مصر (١) وفي فرنسا (٢) يقولون يجوز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام من المستطاع أن يقدر بمال ، سواء في ذاته أو من ناحية الافتقار الذي يقابله (٣) . وبهذا الرأي جرى القضاء في فرنسا (٤) وفي مصر (٥) .

(١) والتون ٢ ص ١٨٦ — الموجز للدولف فقرة ٣٧٩ ص ٣٨٧ — الدكتور حشمت في نظرية الالتزام فقرة ٥٣٥ ص ٣٩٠ — مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ — ص ٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وإسبان ٧ فقرة ٧٣٥ ص ٤٩ — رواست ( المجلة القصيلة لقانون المدني سنة ١٩٢٢ ) ص ٥٤ — موسيو (Mosiou) ص ١٩٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٢٦٧ — جوسران ٢ فقرة ٥٦٩ — ديوج ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٤١ .

ويلاحظ أن الإثراء المعنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات في الاعتراف به ما عناه الضرر الأدبي (préjudice moral) في نظرية المسؤولية التقصيرية . على أن الضرر الأدبي قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أعم من الحد الذي اعترف فيه بالإثراء المعنوي (أنظر في هذا المعنى ديوج ٣ فقرة ١٥٠ ومارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٦٠) . ويقول الأستاذ فرانسوا جوريه في كتابه في الإثراء على حساب الغير (باريس ص ٦٢ — ص ٦٣) إن التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية أوسع مدى من التعويض عن الإثراء المعنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب . وبمثل ذلك بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية ليس عديلاً (équivalent) عن الحسارة التي لحقت بالضرر ، بل هو عوض (compensation) عن هذه الحسارة ؛ أما في الإثراء بلا سبب فالتعويض هو تعديل الإثراء لا عوض عنه . والتعديل غير العوض ، إذ الحسارة الأدبية التي لا يمكن تقديرها بمال قد يكون لها عوض ولا يكون لها تعديل . فإذا لم يكن الإثراء المعنوي مما يمكن تقديره بمال فنذر أن يكون له تعديل ، وإن جاز أن يكون له عوض ، فلا يصح أن يقوم ركناً في قاعدة الإثراء بلا سبب . ونحن نرى أن التمييز ما بين التعديل والعوض في نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسؤولية التقصيرية إنما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستصحاء المألوفة التي لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وإسبان ٧ فقرة ٧٥٣ ص ٤٩ — مارافان مجلة مصر المصرية ص ٦١ .

(٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ داللو ٧٣ — ١ — ٤٥٧ — وفي ١٣ يولية سنة ١٨٩٢ داللو ٩٢ — ١ — ٥٩٦ — وفي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ داللو ١٩١٢ — ١ — ٢١٧ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللو ١٩١١ — ١ — ١٧٧ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللو الأسبوعي ١٩٢٩ ص ١٨١ — محكمة موبيليه في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللو ٦٩ — ٢ — ٢١٣ ( الأجر عن التدريس في حالة إعدام والد التلميذ وسرى في موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانوني ) — محكمة إكس في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ — ٢ — ٢٥ ( تحمين حالة مريض في مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضالة هي المطبقة في هذه القضية ) .

(٥) محكمة الاستئناف في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ ( الانقضاء )

## المبحث الثاني

### افتقار الدائن

(Appauvrissement du créancier)

٧٦٤- الافتقار وعمدة السبب بالإنشاء: الركن الثاني لقاعدة الإنشاء

بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إنشاء المدين . فيجب إذن أن يكون هناك افتقار في جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإنشاء المدين (١).

٧٦٥- وجوب تحقق الافتقار . فإذا تحقق الإنشاء في جانب شخص .

ولم يقابله افتقار في جانب الشخص الآخر . لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإنشاء . ذلك أن المثري لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإنشاء وقيمة الافتقار ، والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثري إذن بشيء .

= بالصلات التجارية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ) — ومع ذلك أنظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية في ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ ( المحاماة ١٥ رقم ٣٢٢ ص ٤٠٧ ) تقول فيه : « أما الإنشاء الأدبي الذي يستتبع تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتمالية محضة فلا يعطى حقاً في دعوى الإنشاء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسي قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن الذي زاد في ثروة المدين العقلية والحلقية كالمرقي » .

ونحن لا نتردد في القول بجواز أن يكون الإنشاء معنوياً — وقد استعملنا لفظ « المعنوي » هنا بمعنى واسع فشمل الإنشاء الصحي والجسمي ويعتبر هذا النوع من الإنشاء عادة لإنشاء ذاتية مادية ، سواء في ظل القانون المدني القديم أو في ظل القانون المدني الجديد ( أنظر مارافان مجلة مصر المصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦ ) . فلو أن بنة للآثار ونفت إلى كشف أثرية ترجع القموس عن حقائق علمية وتاريخية ، وكان الاتفاق بينها وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشف ، لجاز في رأينا أن يكون لدائني هذه البنة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية — وهنا يمكن تقديرها بالمال — في حدود ما لهم من ديون في ذمة البنة صرفت في القيام بهذه الكشف الأثرية .

(١) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفي إنشاء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار في جانب الدائن ، ويقومون قاعدة الإنشاء بلا سبب على المنفعة المستحقة (profit crée) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque crée) . ولكن هذه النظرية ، كطريقة الضرر المستحدث أو تحمل البنة ، لم يقيض لها النجاح لا في القضاء ولا في الفقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة في منزله بطل عليها منزل الجار ، وجعل هذه الحديقة حتى أصبحت سبياً في رفع قيمة منزل الجار ، فالجار في هذه الحالة يكون قد أضر . ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر ، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفق في إنشاء الحديقة ونجميلها قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفق . ولم يخسر شيئاً ، فلا يرجع بشيء على جاره (١) .

كذلك إذا استحدث المستأجر ، دون اتفاق مع المالك ، إصلاحات في العين المؤجرة تزيد في منفعتها ، واستوفى هذه المنفعة كاملة ، فإنه لا يرجع على المالك بشيء . وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك (٢) .

(١) وقيل على هذا لكل حالة يتفق فيها الشخص لطلب منفعة يستوفىها — يقوى جبراً أو يشق رتبة أو يحمل مبي أو يصنع حياً — فهو قد انتفع بغير ما أخفق ، وإذا كان غيره قد أضر من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة . ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التي حصل عليها . ولكن «سبب» الافتقار غير «سبب» الإضرار ، وسرى ذلك عند بحث دكن انعدام السبب ( أنظر بلانيول وريير وإسبان ٧ فقرة ٧٦١ ) .

ويلاحظ أن بعض المحاكم تفر خطأ عن الشيء الذي نحن بصدده بانعدام السبب المباشرة بين الإضرار والافتقار ، فتقول في شخص يتعمد بناء لمصلحة فيضيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا عمل هنا للمطالبة بدعوى الإضرار «لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر» ... والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر وأبطة السبب » . (الروسل في ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ الجمعية الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ من ١٩٣٥) .

(٢) وسرى عند الكلام في القضية أن للتأجير إذا أجرى إصلاحات في العين المؤجرة لمنفعة الشخصية لا يكون ضرورياً ولا يتطبع أن يرجع بدعوى القضية على المالك ، لأنه لم يقصد به إلا تدمير شؤون الشخصية لا تدمير شؤون المالك . فالمستأجر في هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى القضية ولا بدعوى الإضرار بلا سبب . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بما يأتي : « إن عمل تخليق قطرة الإضرار بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإضرار بغير سبب من الأسباب للقانونية ولأن يكون عمل الفضول لمصلحة المالك لا لمصلحة الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فتأجير الأرض الذي يجري تخمينات فيها وتعميد مبانٍ ويؤخر أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي رغم الظن الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون حليماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التخمينات في العين المؤجرة » . (استئناف مصر في ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ الجمعية الرسمية ٣٨ رقم ٨ من ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ من ١٩٥٠) . ويبدو أن المحكمة أست رفض دعوى الإضرار على انعدام السبب القانوني ، وكان الأول أن تؤسس على انعدام الافتقار .

. ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين . فيكون لافتقار إيجابياً أو سلبياً . مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً .

## ٧٦٦- الافتقار الإيجابى والافتقار السلبى : يكون الافتقار إيجابياً إذا

فقد المفتقر حقاً ، عيناً كان أو شخصياً ، أو انتقص حقه . ويتحقق هذا عادة بالإتفاق . فإذا أنفق الراسى عليه المزايد لإصلاح العين التى رسا عليه مزايداً ثم آلت العين إلى شخص آخر ، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره ، أو قام مساهم فى شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها فى يده (١) ، فى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المفتقر .

ويكون الافتقار سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها ، فيفتقر . لا بقدر ما تحمل من خسارة كما فى الافتقار الإيجابى ، بل بقدر ما فاتته من منفعة . مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير ، فيفتقر بما فاتته من منفعة هى أجر هذا العمل . ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلاً لآخر دون عقد إيجار ، فيفتقر صاحب المنزل بما فاتته من منفعة هى أجرة منزله . ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم - والموسيقى صاحب اللحن ، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه ، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشتري ، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هى أجر عملهم ، فافتقارهم إذن سلبى (٢).

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى . فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى ، كما هو الأمر فى الحالات المتقدمة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عملاً أو منفعة للمثرى ، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المخططة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازت ٢ من ٦٣ — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المخططة فى ٥ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٤٣٨ — وقارن محكمة الاستئناف المخططة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٣٢١ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المخططة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧

افتقاراً سلبياً كما رأينا. وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبى افتقاراً إيجابياً ، فمن يدفع دين غيره يفترق افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبى أو جانب الدين .

**٧٦٧- الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر:** وعلى العكس من ذلك الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر ، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر . وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المقتقر إلى مال المثرى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً فى هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبى . تدخل مادي أو تدخل قانونياً ، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

**٧٦٨- الافتقار المادى والافتقار المعنوى** وإذا كان الأصل فى الافتقار أن يكون مادياً كما مر بنا فى الأمثلة المتقدمة ، فإنه كالإثراء قد يكون معنوياً . فالشخص الذى نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفترق افتقاراً مادياً بل معنوياً (١) . وهذا هو الشأن فى افتقار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع (٢) .

**٧٦٩- السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء:** ولا يكتفى أن يتحقق الافتقار . بل يجب أيضاً ، كما أسقنا أقول ، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر فى إثراء المدين . وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها فى الصور المختلفة للإثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره . فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد ، هو دفع الدين . وليس من الضروري أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار . بل يكتفى حتى تترجم هذه السببية المباشرة اثبتت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون ، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية ولا معتق عليه

(١) محكمة الاستئناف المحظفة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المسألة) .

(٢) محكمة الاستئناف المحظفة و ٢٦ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٣٣٨ .



في ذلك (١).

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذي حللناه به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية . ويمكن هنا أيضاً المفاضلة بين نظرتي تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente) ، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء . فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما .

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت وغطتها وعلت قيمة مبانيها ، فليس من الضروري أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المباني . فكلو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون في الراجح هو السبب المنتج ، إذ أن المباني في كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب في علو قيمة المباني (٢) . ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون في كثير من الأحوال هو السبب المنتج في علو قيمة الأرض الواقعة على جانبي الشارع (٣) .

(١) مازافان مجلة مصر المصرية ص ٩١ - ص ٩٣ - ديموج ٣ مقالة ١٥٦ - أوبري ورو وبارتان ٩ ص ٣٥٨ - بلانيول وريبير وإسان ٧ مقالة ٧٥٥ .

(٢) أنظر في هذا المعنى ديموج ٣ مقالة ١٥٦ ص ٢٥١ .

(٣) ويؤيد ذلك القرائن الخاصة التي تجعل للحكومة الحق في تقاضي تعويض من ملاك الأراضي على جانبي الشارع الجديد في مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد .

هذا وهناك رأى يقضى بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه ، فلا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء ( كولان وكايتان وجوليودي لاموراندبير ٢ باريس سنة ١٩٤٨ مقالة ٤١١ ص ٢٩٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ مقالة ١٢٦٩ - ذهني بك في نظرية الالتزام مقالة ٧٠٦ ) . ويستند هذا الرأى إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية ( ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ - ١ - ٣٩٣ ) في قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرصاً ليفي يدين عليه مضمون برهن في الدرجة الأولى ، وأهل المصرف في أن يقوم بإجراءات الحلول على الدائن المرتهن الأول ، وترتب على هذا الإهمال أن الدائن المرتهن في المرتبة الثانية ارفع إلى المرتبة الأولى . فرجع المصرف على هذا الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح في المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده ، فرفضت المحكمة دعوى المصرف ، =

## المبحث الثالث

### انعدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠- تجرد الإثراء عن سبب يبرره . يجب . حتى تقوم دعوى الإثراء .

أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره . ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده ، وللمتري أن يحتفظ به مادام أن له سبباً يبرر الحصول عليه (١) . ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى «السبب» . وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل في تعقيد نظرية الإثراء وفي الغموض الذي أحاط بها حقبة طويلة . ونحن نستعرض في إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة ، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» في القانون المصري الجديد .

== وبنت حكماً على أن المصرف قد أهدأ في عدم اتخاذ إجراءات الحلول . والرأي الصحيح في نظرنا أن المصرف ترضى دعواه لا لأنه أهدأ في عدم اتخاذ إجراءات الحلول كما ذهبت إليه محكمة القضاة الفرنسية ، بل لأن الدائن الذي ارتفع إلى المرتبة الأولى قد أهدأ بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانوني وضعه فيه القانون ، وسرى تفصيل ذلك في الكلام عن سبب الإثراء .

ولا يوجد في القواعد الصامدة التي يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأي الذي تقدمه . ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً افتقر فاعتنى غيره على حسابه دون سبب مشروع ، فإن المدالة تقضى بتعويض المفتر ، سواء اقترن افتقاره بإحمال منه أو لم يقترن . وإنما وجب التعويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع ، وهذا الأساس قائم سواء كان المفتر مهملًا أو غير مهمل .

يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يخل بعضها من أن يكون المفتر فيها مهملًا بل سوء النية . ففى أوغرس فى أرض غيره ولربسوء نية لم يحرم من التعويض (م ١٩٢٤) . كذلك لم يعز المشرع حين يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسببها فكلهما يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء فيها إذا طلب ناقص الأهلية إبطال العقد (م ١٤٢) . (أنظر في هذا الموضوع الموجز للمؤلف لفقرة ٣٨٣ وقد قلنا عنه ما قدمناه في هذا الصدد . وانظر الدكتور حشمت أبو سنيب في نظرية الالتزام فقرة ٤٣٦ في آخرها) .

(١) عمكة الاستئناف المختلفة في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ ص ٣١٥ .

اختلاف الفقهاء في تحديد معنى السبب :

٧٧١- المعنى الأدبي : يرى الأستاذ ريبير في مؤلفه المعروف «القاعدة الأدبية» (١) أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبي . وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ولذلك نراه يسمى الإثراء بلا سبب «الإثراء غير العادل» (enrichissement injuste) . وهو يترك للقاضي تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد ، وإلا حكم به . ويذهب الأستاذ بنكاز (Bonnet) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبي (٢) .  
وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد ، هو المعنى العام للعدالة ، يجرّد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار .

٧٧٢- المعنى الاقتصادي القانوني : وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصادياً قانونياً . فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء . وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى «العوض» .  
فيرى الأستاذ موري (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية وهو الحق الأدبي (droit moral) من الناحية الخلقية (٣) .  
ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن العوض ينطوي على معنى أعم من معنى البديل ، فهو المقابل (contre-partie) . ويختلف «المقابل» عن «البديل» في أن للمقابل معنى قانونياً . فأى «مقابل» يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد (٤) .

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو «النظير» (contre-prestation) الذي

(١) فقرة ١٤٧ .

(٢) ملحق مبسوط بوردى ٣ فقرة ١٧٦ وفترة ١٨٠ وفترة ١٨١ .

(٣) أنظر مؤلفه «بحث في معنى التبادل في القانون الفرنسي» (Essai sur le échange dans le droit français) .

(٤) de la notion d'équivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ من ٣٥٢ .

(٤) رواست المحلّة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها — أنظر أيضاً

لابيول وريبر وإسمان ٧ فقرة ٧٥٨ .

يرجع حق المثرى في استبقاء الإثراء على حق المفتقر في استرداده (١).  
وكل هذه المعاني مبهمة كما نرى. ينقصها التحديد، ويحوطها الغموض (٢).

(١) ديموج ٣ فقرة ١٦١ وما بعدها .

(٢) أنظر بحثاً في هذه المسائل المتضاربة في رسالة الدكتور محمود أبو عافية «التصرف  
المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٨٩ - ص ١٨٥ (النسخة الفرنسية).

ونجد في هذه الرسالة بحثاً في تحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني . ويستخلص  
من هذا البحث أن القانون الألماني لا يقف عند معنى واحد للسبب . ففي الأعمال القانونية التي  
يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى أخرى (actes d'attribution patrimoniale) يقوم  
التصرف إما على سبب الزمائم (causa solvendi) أو على سبب الدائنة (causa credendi)  
أو على سبب التبرع (causa donandi) . والسبب هنا هو العرس الشخصى المباشر الذى يقصده  
التصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب في العقد في النظرية الفرنسية التقليدية . فإذا كان  
التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة ، فإنه يبقى مع  
ذلك صحيحاً . لكن إذا فقهه الدان جاز للمدين أن يتردد مادفعه بدعوى الإثراء بلا سبب .  
ونرى من ذلك أن معنى «السبب» في الإثراء هو نفس معنى «السبب» في العقد . هذا إذا كان  
الإثراء آتياً من تنفيذ تصرف مجرد . أما إذا أتى الإثراء من عمل إرادى صادر من المثرى  
(بنى في أرضه بأدوات غيره) أو عمل إرادى صادر من أجنبي (بنى في أرض غيره بأدوات  
شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر) ، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر  
قانونى يكسبه للمثرى (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشيء المقضى) . (أنظر  
الرسالة في نسختها الفرنسية ص ١٤٧ - ص ١٧٩) .

ويعنى الدكتور أبو عافية على القانون الألماني هذا الازدواج في معنى السبب وما يلقبه في  
نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتفتيد ، فيقول : « تلك هى النظرية الأساسية في الإثراء  
بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم . وهى كما ترى لها خاصية بارزة ، هى أنها تأخذ السبب  
القانونى للإثراء على معنيين . فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى القيمة) أخذته على  
معنى الفرض الشخصى (Ziveck) الذى يقصده المفتقر . أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية  
أخذته على معنى السبب المنشئ (Rechtsgrund) ومرجعه إرادة القانون . ولا غرابة إذن  
في أن يسلم الفقه الألماني باستحالة وضع صفة واحدة لفكرة السبب في الإثراء تضى جميع الفروض .  
فكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفكرة لها معنيان ، أحدهما يربطها بإرادة الأفراد والآخر  
يربطها بإرادة القانون ؟ هذه الصيغة المزدوجة - رغم إجماع الفقه الألماني عليها - تبدو لنا مفككة  
متناثرة الأجزاء . فالفرض الشخصى ومرجعه الإرادة الخاصة والسبب المنشئ ومرجعه إرادة القانون  
هما فكرتان تافقت إحداها الأخرى بحيث لا نستطيع جمعهما تحت عنوان واحد هو «السبب»  
في الإثراء . ... إن العيب في هذه النظرية يرجع - بصفة خاصة - إلى الطريقة الفنية التي  
اتبها الفقه الألماني لحل مشكلة السبب في الإثراء . فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتى :  
متى يكون الإثراء بلا سبب ؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصفة عامة يأخذ في معالجة محتوم  
فروض الإثراء بلا سبب كما هى معروفة في القانون الرومانى . وكل ما يمكن أن يقال لصالح

معنى السبب في القانون المصرى الجديد :

٧٧٣- السبب هو المصدر القانونى المكسب للأثر : والقانون المصرى الجديد قاطع فى تحديد معنى السبب . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يستخلص منه فى وضوح أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب الأثر الإثراء فيجعل له الحق فى استبقائه (١) .

فالسبب إذن له معنى قانونى بحت ، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى . وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانونى فى كسب الإثراء الذى حصل عليه . والحق هذا لا يعلو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق : العقد أو القانون .

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط ، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من وراء ذلك ثباتاً وصلابة ، وتزداد إحكاماً ودقة ، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذى كان يسودها فى الماضى . وإذا كان القانون المصرى الجديد قد أثر هذا المعنى المحدد ، فذلك لأنه هو المعنى

---

== هذه الطريقة هو ما فيها من سر جاء من كونها تقليدية موروثه وسائمه فى ألمانيا منذ دخول القانون الرومانى فيها إلى يومنا هذا . ولكنها طريقة تتطوى على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية فى مادة الإثراء ، وهى إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير القروض . ونحن لا نصدر فى ذلك عن مجرد التسك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية ، ولكنها فضلاً عن ذلك نرى أننا مادامت لم نصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء فيه بطل قاصراً مقلتلاً . فتعديد طبيعة السبب فى الإثراء هو الأساس الذى ينبى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقاتها (رسالة الدكتور أبوعافية فى نسخها الرية من ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٤ - أظهر أيضاً من ١٩٢ - من ١٩٦) .

(١) ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : (والشرط) الثالث ألا يكون للأثر الحادث أو الافتقار المقرب عليه سبب قانونى يبررها ، فلا يجوز اللواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب . لأن بين الفائدين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر انتقار أحدهما وإثراء الآخر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٤١) .

الذى يقول به الفقه فى مصر (١) ، وكثير من الفقهاء فى فرنسا (٢) . وهو المعنى الذى جرى به حكم القضاء فى البلدين (٣) .  
ويبقى أن نستعرض السبب بهذا المعنى فى كل من مصرىه . عقدأ كان المصنر أو حكماً من أحكام القانون .

**٧٧٤- السبب فى الإثراء عنقر: قد يكون السبب الذى كسب المثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد (٤) .** ويقلب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً ما بين المثرى والمفتقر . فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء . والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر لإجمالى منعه العقد من المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة (٥) (م ٦٥٨) . وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه

(١) اللوز للولائف فترة ٣٨٧- فترة ٣٨٩- الدكتور حمت أبو سنية فترة ٥٣٨ - مارافان (مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩) م ١٠٢- م ١٠٤ - الدكتور شفيق شحاته (جريدة المحاكم المخططة عدد ٣٣٨١ - ٩٠٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤) . الدكتور عمود أبو غانية فى رساله «الصرف القانونى المجرده» (نسخة فرنسية م ١٨٥- ١٨٩) - قارن والتون ٢ م ١٨٨ - م ١٩٠ .

(٢) مبسوط بودرى ١٥ فترة ٢٨٤٩ - بلانول وريبير وبولانجيه ٢ فترة ١٢٧٠ - كولان وكايتان ٢ فترة ٤١٣ - (ويفتصران على المقدسبأ للأثراء) - جورسان ٢ فترة ٥٧٢ - فيرنو (Vergniaud) رساله من باريس ١٩١٦ م ٢١٦ - بوديشيانو (Budishteano) رساله من باريس ١٩٢٠ م ١٠٦ - موسيو (Mosiou) رساله من باريس م ٢٣٦ .

(٣) عكسة النفس الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ دالوز ١٨٥٣- ١- ٢٥١- وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٩- ١- ١٠٥- وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣- ١- ٦٤- وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤- ١- ١٢٩- وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١- ١- ١٢٩- وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠- ١- ١- وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ دالوز الأسبوعى ١٩٤٤ م ٥٨ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دى ياله ١٩٤٤- ٢- ٧١ . أما القضاء المصرى فنعرض له تفصلاً فيما يلى .

(٤) عكسة الإسكندرية المخططة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ م ٢٥٦ .  
(٥) عكسة اللا-تشاف المخططة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ م ٥٣ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٥٣ (قارن مارافان م ١٠٥) وهو يجعل السبب هنا القانون لا العقد .

إفراغ جهده في الابتداء أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يبتدى إليه من اختراعات (م ٦٨٨ فقرة ٢). وعند العمل هو الذي يمنع العامل من الرجوع على رب العمل (١). وإذا اشترط المؤجر أن يملك عند نهاية الإيجار التحسينات التي يدخلها المستأجر في العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانوني يمنع من هذا الرجوع (٢). وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل ، فأعادت شركة التأمين بناءه تنفيذاً لعقد التأمين ، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمتة في حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء (٣). وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الربح زيادة كبيرة فلا رجوع

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه : إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية ، جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لقتضيات العدالة . ويراعى في تقدير هذا المقابل مقدار العونة التي قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشأته . ونرى في هذا الفرض الخاص أن عقد العمل لا يكفي سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء ، وأن بعضاً من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذي يرجع به العامل على رب العمل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التي يجريها المستأجر في العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل شراؤه أو أن يملكه ضمن المنشآت التي أقامها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص . ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحداث البئر الارتوازي لم يكن وارداً في عقد الإيجار ، وأن الماء الآتي من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض ، كان من العدل أن تقع مقاسمة بين ما في ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما في ذمة المؤجر للمستأجر بسبب مبادأته للوفقة بإنشاء البئر الارتوازي (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٥٨) . وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتي من البئر الارتوازي لأنه لم يكن وارداً في العقد ، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب ، وقاسته في دين على المستأجر نشأ من عدم تحسينه لجزء من الأرض المؤجرة .

وسرى عند الكلام في الفصالة أن المستأجر الذي يستحدث إصلاحات في العين المستأجرة الشخصية لا يعتبر فضولياً .

(٣) الوجز للدوائف فقرة ٣٨٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٣١ بولية سنة ١٩٠٣ ١٩٠٤ للدور ١٩٠٤-١-١٨١ .

له على المؤجر بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك (١). ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشتري بدعوى الإثراء لمطالبة بياثي ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من المتعاقدين (٢).

وقد يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات في العين المؤجرة . ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد . فيكون عقد الإيجار

(١) محكمة الاستئناف المختاطة في ٧ برنية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر . فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشتري منه بياثي الثمن القسط على حصة أنساط ، ثم عدل شأنه إلى طلب الحكم له بناق القسطين الأولين ، موصوفاً هذا الباقي خطأ بأنه باق الثمن ، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطالب بالأنساط الثلاثة الباقية ، ولتصور أنه قد سد في وجهه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع ، أقام دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، ومحكمة الموضوع حكمت ، بعد استعراض وقائم الدعوى ، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية ، وبأن حق البائع في المطالبة بالأنساط الباقية القائم على أساس الشراء لا يزال باقياً مفتوحاً أمامه ، فإن قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه» (قضى في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧) .

هذا وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه «حتى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هي مصدر لا تستأدى للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد . فإذا كان المستأجر قد ألزم في عقد الإيجار بأجرة رى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تنخص له من أجرة الأطنان ، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطنان المؤجرة ، خصصت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى المارم هو بها ، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطنان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال ، ومنعت له المؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت » (نقض في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وكان الواجب ألا تنخص محكمة الموضوع من أجرة الأطنان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستعنة ، لأن هذه الزيادة لم يثر بها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصي في ذمة المستأجر ، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر . لا لأن هناك سبباً للارتداد ، يمنع من الرجوع ، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود .

ومنى استعرجع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصح هناك محل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو بغيرها من الدعاوى — هذا هو في نظرنا الوضع القانوني الصحيح للقضية التي نحن بصدد حلها .



هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا في مثل مقدم ، بل أيضاً من الدائن الذي عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذي قام بها دون أن يقبض أجر عمله ، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً في عقد الإيجار وهو السبب القانوني لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن أو المقاول . والمثري في هذا المثل هو المؤجر ، والمفتقر هو الدائن أو المقاول ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذي أبرم بين المثري (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفتقر (وهو المستأجر) (١) - ومثل ذلك أيضاً شخص يثرى على حساب آخر ، ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث ، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني وهو عقد الهبة ، وإن لم يكن المفتقر طرفاً في هذا العقد (٢) .

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الإثراء غير المباشر أنه إذا لم يكن في عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات من حق المؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يصلح عقد الإيجار لأن يكون سبباً لإثراء المؤجر ، ويجوز للدائن والمقاول في هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١ - الأستاذ حشمت أبوسيت فقرة ٥٣٧ - وانظر بلانيول وريبر وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩) .

(٢) وهذه حالة تلفت النظر ، فقد يكون الواهب معسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه ، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لما قدمناه . والذي يلفت النظر هو أننا قدّمنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر ، إذ الموهوب له ، وهو يستقي منفعة جلبها ، يفضل على المفتقر ، وهو يسيء لدرء الضرر عن نفسه . ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص في هذه المسألة (هو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتي : « فإذا تبرع المثري بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسؤولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « فإذا تصرف المثري بوضع فيما أثرى به ، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف ، لأن هذا الأخير قد أثرى بمتنصّي سبب قانوني هو التصرف نفسه . أما إذا كان التصرف على التقيض من ذلك بغير مقابل ، ولأصل أن ينحصر حق الرجوع في المثري ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانوني هو عقد التبرع . بيد أن المشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى ، مقدماً بذلك درء الضرر على جلب المنفعة ، ويكون للمفتقر في هذا الغرض أن يرجع على المثري أو على من صدر له التبرع ، وفقاً لمصلحته و ذلك . فإذا كان مبلغ ما أصاب من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمثري ٨٠٠ جنيه ، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه ، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٤٢) - وما يؤسف له أن هذا الحل العادل خلافاً =

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المفتقر والغنى دون أن يكون المثرى طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثرى) (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين ، لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء ، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد . وذلك بالرغم من أن العقد أرمه المفتقر مع غيرهم (٢) .

**٧٧٥ - السبب فى الإثراء حكم من أحكام القانون :** وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء ، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانونى . مثل ذلك العمل غير

== المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة ، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى . وهذا ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد : « المشروع فى لجنة المراجعة : تلقت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك) . وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص .

أنظر فى مثل آخر لفقد مبرم ما بين المثرى والغنى يكون سبباً للإثراء عكسة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ (شخص سرفت منه سندات ، وتعاقد المسمى مع شخص آخر للحصول على سلخ من المال فى نظير هذه السندات . فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير - وهو المثرى - وبين المسمى - وهو غير المفتقر - يعتبر سبباً للإثراء . هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذى تعاقد مع المسمى سبباً النية) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٢ .  
(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٨ . ومع ذلك أنظر حكماً منها بنفى هذا المعنى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ .

المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء . فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض . لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو العمل غير المشروع . ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء . فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلاً . فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما لم يسقط منها بخمس سنين . وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده (١) . كذلك قوة الشيء المقضي يعتبر سبباً مانعاً من دعوى الإثراء ، فإذا استبعد أحد دائني التفليسة بحكم حاز قوة الشيء المقضي لأنه لم يتقدم في الميعاد ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على السنديك ولا على أحد من سائر الدائنين (٢) . وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية ، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثرى دون سبب بقيمة الاستقطاعات التي كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن . لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون ، والقانون هنا هو قانون المعاشات (٣) . وإذا أهمل الما قول فلم يقبذ حق امتياز ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائني التفليسة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين ، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضي بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز (٤) .

- (١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جازت ٧ ص ١٤٢ .  
 (٢) وكذلك إذا لم يتقدم دائن في الميعاد يمارس في قاعة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧) .  
 (٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سيرة ١٩٤٤ — ١ — ٤٨ — وانظر أيضاً هنري وليون مازو في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٤ ص ١٨١ .

- (٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — كذلك إذا سدد مصرف دائناً مرتباً وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول عليه فسبقه رهن قانوني كان متأخراً عن الدائن المرتهن الذي استوفى حقه لم يجوز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانوني بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية في ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم ، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إهمال =

## المبحث الرابع

لا ضرورة لأن تكون دعوى الانشاء دعوى احتياطية  
أو أن يكون الانشاء باقياً وقت رفع الدعوى

٧٧٦- موقف القانون المدني الجديد: ذكرنا في التطور التاريخي لقاعدة

= الفتنر بل هو وجود سبب قانوني للإثراء) — كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها في قرض أقام به بناء على هذه الأرض ، ثم استعقت الأرض وقد ملك المستحق البناء بالائتمار فامتد الرهن القانوني لزوجته إلى هذا البناء ، فإن الرهن الذي رتبه واضع اليد على الأرض يبطل لصدوره من غير مالك ، ولا يستطيع الثالث المتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن لإثرائها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون ( محكمة باريس الاستثنائية في ٥ يونية سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩ ) — ونقض المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده معسراً ، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء في ماله الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة ( محكمة مونييه الاستثنائية في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الإثراء المنوي — انظر أيضاً محكمة إكس الاستثنائية في ١١ أغسطس سنة ١٨١٢ جورنال دي باليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ — ومحكمة بوا الاستثنائية في ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ٢ — ١٩٨ ) . ويرى الأستاذ مارافان ( مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٠٩ ) بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التلميذ لأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده ، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التلميذ بدعوى الفضالة لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ معاً ، ودعوى الفضالة غير له من دعوى الإثراء .

وإذا كان ناظر الوقت يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره ، فإن مركزه القانوني من الوقت — وهو ناظره — يمتنع من المطالبة بأجر على أساس أن الوقت قد أثرى على حساب جهوده . فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقت ، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره . ومن ثم لا نذهب إلى ما ذهب إليه محكمة النقض في مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقت وجبة الوقت هي التي تمنع من المطالبة بدعوى الإثراء . إذ الرابطة بين الناظر والوقت هي رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية . وهذا هو ما قرره محكمة النقض في هذا الصدد : « الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقت كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقت على جهوده ، فإن دعوى الإثراء على =

الإثراء بلا سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب .  
وأنها حتى بعد أن صار لها كيان ذاتي بقيت مغلوقة بقيود لا يفسرها إلا ما  
صاحب القاعدة من تضييق في الماضي . وإلا أنها استعصت على الظنر فلم تستطع  
أن تنظر باستقلالها إلا مقيداً بشروط . إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها .  
فإنه لا يستطيع أن يبررها .

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا ، منذ قامت القاعدة  
مستقلة ، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الانتجاع إليها  
إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى . وأن الإثراء الذي يطالب المفتقر  
بإسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . والمبتدع للذين القيدن  
هما الفقهاء الكبيران أوبري ورو على ما مر بنا .

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول . ولكنه  
هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني ، فظلا يقولان بأن من شروط  
دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

أما القانون المصري الجديد فقد تكفل بتكسير القيدن معاً كما أسلفنا القول .  
فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ثم هو قد نص  
صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما  
بعد (١) . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها ، وأقيمت على أساس من

= حساب الغير لا يكون لها حل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين الشخصين وهذه ليست حالته  
( تنص ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ من ٧٢٢ ) .

وهنا مثل آخر لوجود سبب للأثر هو حكم من أحكام القانون : دائ مرتين نزل عن  
مرتبه إلى دائ مرتين آخر متأخرته . وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم ينف في التوزيع إلا  
جزءاً من حقه . ولكن الدائن الذي حل محله لم يتمكن لبس يرجع إلى إجراءات التوزيع  
من الحصول على كل حقه . قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للدائن الذي نزل عن  
مرتبه الرجوع بدعوى الإثراء على من أقرى من الدائنين بسبب عدم تمكن الدائن الذي حل  
محله من الحصول على كل حقه ( استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٤٨ ) .  
ويمكن تحليل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع  
في التوزيع .

(١) وهنا ما جاء بالذكر الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد : « وقد اكتفى  
المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تشريعات  
تأثرت بما كان مأثوراً من المانة أو الحرز في قبول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء =

المنطق السليم .  
وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدين لنبرر موقف القانون المصري  
الجديد منهما .

## المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

### § ١ - القانون الفرنسي

٧٧٧-انقراض الفقر والقضاء بأدى الأمر على أنه نكود دعوى الإثراء

**دعوى احتياطية :** منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، على ما مر بنا في التفتور التاريخي لهذه الدعوى . ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية أن دعوى الإثراء بلا سبب . وهي تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير . لم يعرض لتنظيمها نص في القانون ، فهي لا تخضع في استعمالها لأي شرط معين . وبكفي لقبولها أن يتقدم المدعى بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يثرى عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصي قام به (١) . ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع ، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف في أغلال التبعية لدعوى الفضالة . أصبحت طليقة من كل قيد . فتحولت من النقيض إلى النقيض ، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به . فلا تطفئ على جميع نواحي القانون .

= فاعلم إلى وقت رفع الدعوى ( قانون المادة ١٤٢ من القانون اللبناني وهي تنص على هذا الشرط في حالة الإثراء بحسن نية ) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهذا ما تنص به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع ( أنظر في هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من القانون الأرجنتيني ) . ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر . ولا يزال القانون اللبناني ( المادة ١٤٢ ) مبقياً على ما كان لدعوى « رد غير المستحق » من صفة احتياطية أو تبعية ، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتمدد إغفال النص عليه . ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٤٢ ) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٩٦ .

وسرعان ما عثر الأستاذان أوبرى ورو على هذا القيد . فقرر أنه يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى «دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة» (١) . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب في حكمها المشهور الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (٢) . وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ (٣) .

### ٧٧٨- تزعرع الفقه الفرنسي عن موقفه : ولكن الفقه في فرنسا ما لبث

أن تزعرع عن موقفه ، وبدأ يتعمق في بحث هذه الصفة الاحتياطية التي خلعتها على دعوى الإثراء .

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin) . فتساءل في تعليقه على كتاب الأستاذين أوبرى ورو ماذا يريد التقنيان بقولها إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية (٤) ؟ ثم أخذ الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على

(١) أوبرى ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩٩٨ - ١ - ٤١ - وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر في هذا المعنى في ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ (أنظر تعليلاً لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كايثان في كتابه الأحكام السكرى للقضاء المدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦) .

(٣) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٦) - بلانيول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ١٢٧٦ - جوران ٢ فقرة ٥٧٤ - ديموج ٣ ص ٢٨٧ - محكمة النقض في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢٩ - وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص ٥٨٧ - وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ٢ - ١١٤١ وسيريه ١٩٤١ - ١ - ١٢١ .

(٤) أوبرى ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص ٣٥٥ . وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المراد بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة : (١) فيما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أية دعوى أخرى يتمكن بهما الدائن من الوصول إلى حقه . (٢) وإنما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدها الدائن بغير خطأ منه . (٣) وإنما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدها الدائن ولكنها غير منتجة بسبب إغيار المدين في هذه الدعوى الأخرى .

وجه أعمى في مقال له معروف (١). وأفاض بعد ذلك الأستاذ الموزينيو (Almosnino) في بحث الموضوع في رسالة له مشهورة (٢). ثم خط الأستاذ كاييتان خطرة

(١) «الإثراء بلا سبب والقضاء المدني» (مجلة الفصولية للقانون المدني ١٩٢٢ من ٣٥ وما بعدها). وقد ميز الأستاذ رواست في هذا المقال بين مرضين: (المرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستطيع الالتجاء إليها بجانب دعوى الإثراء، فهو لاشك يؤثرها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تعويضاً أوفى. وسواء كانت دعوى الإثراء في هذا المرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فتوافع من الأمر أن الدائن لا يلجأ إليها مادام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى. فدعوى الإثراء في المرض الذي نحن بصدده دعوى احتياطية على كل حال، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع. (والمرض الثاني) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء، ولكنها اندثت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء. وميز رواست في هذا المرض بين حالات ثلاث: أن تكون الدعوى الأخرى قد اسند طريقها لمنع قانوني، أو اسند طريقها بفعل الدائن نفسه، أو اسند طريقها بغير فعله ويكون ذلك عادة بإعسار المدين في الدعوى الأخرى.

(٢) «الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية باريس سنة ١٩٣١». وقد بحث أرموزينيو في هذه الرسالة جميع الفروض المقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال: (١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها. (٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء. (٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند لمنع قانوني. (٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند بفعله هو. (٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند بغير فعله (بسبب إعسار المدين في الدعوى الأخرى).

في الحالة الأولى - حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن الادعوى الإثراء - لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، إذ هي الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن، وليس لديه غيرها للمطالبة بحقه. وفي الحالة الثانية - حالة ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة - يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة. ويخالف البعض (ومنهم الموزينيو) هذا الرأي، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعوتين. ولكن أرموزينيو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هي دعوى المقدم أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء، وتصبح هذه دعوى احتياطية. وفي الحالة الثالثة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند لمنع قانوني - لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يدور المانع القانوني وتنتج الحيلة في مخالفته. ومثل المانع القانوني قواعد الإثبات، فإذا أفرض شخص آخر مطلقاً يزيد على عشرة الجنهسات لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء، ليتمكن من إثبات الترمس بالبيئة، إذ أن دعوى الإثراء تقوم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق. ولا يبقى أمام القرمس إلا دعوى القرض، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ومثل المانع القانوني أيضاً التزادم، فإذا قام تاجر بتوريد أسبالة لشخص لا يتجر فيها وتزادم حقه بالتقاء -



أبعد ، فتشكك في أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، وتساءل

= سنة ( م ٣٧٨ مدني جديد ) ، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد اندمجت فيها لانع قانوني هو التصادم . ومثل المانع القانوني أخيراً قوة الشيء المقضي ، فإذا باع قاصر عقاراً بفن فاحش وورع دعوى لتسكلة الثمن ( م ٤٢٥ مدني جديد ) ففضله بالتسكلة ، ثم نزلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخصه ، لم يستطع المشتري أن يرجع على القاصر بدعوى الإثراء ليعتد منه التسكلة ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى تسكلة الثمن قد اندمجت فيها لانع قانوني هو قوة الشيء المقضي .

وفي الحالة الرابعة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ونسكن طريقها اندمجت فيه هو - لا يجوز للدائن في رأي روست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التي اندمجت فيها . وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا يجوز له مباشرتها ، ثم إن الدعوى الأصلية اندمجت فيها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها . فإذا أقرض مصرف مديناً التقود التي سدد بها دائناً مرتين ، وأهمل المصرف في أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحلوله على الدائن المرتين ، وترتب على ذلك أن رهناً قانونياً لتصرف كان الدين وصياً عليهم سبق المصرف في المرتبة ، فإن المصرف لا يستطيع الرجوع على المصرف بدعوى الإثراء ( قض فرنسي ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٩٣ : قضية Arrazat ) ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى الحلول على الدائن المرتين اندمجت فيها بإهمال المصرف . وإذا كان شخص يملك كلباً فضل في غابة للصيد وأفرغ الطير في الغابة ، فأملك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لأن أخته عليه في إطعامه ( قض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيرة ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٣ : قضية Rolland ) ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى الفضايلة اندمجت فيها بإغفال صاحب الغابة أن سلم الكلب للبلدية وهي التي تتولى إطعامه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يولية سنة ١٨٩٨ في فرنسا . وإذا أهمل الما قول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتبدي حق امتياز على بناء أقامه لشخص أفلس ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التفلية ( قض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٤ - ١ - ١٢٩ : قضية Marty ) ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى حق الامتياز قد اندمجت فيها إذ أنشأها الما قول بتفليته .

أما الأستاذ ألزينو فيرى أن دعوى الإثراء في هذه الحالة هي دعوى أصلية يجوز مباشرتها ولو اندمجت طريق الدعوى الأخرى بفعل الدائن .

وفي الحالة الخامسة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إفسار المدين - فإذا كان المدين لا يستطيع الرجوع على المئري ، جاز للمفتقر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء ، ونسكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية . مثل ذلك أن يتقاعد معلم مع والد التلميذ على إعطاء التلميذ درساً خاصاً ، ويفلس الوالد ، فيستطيع المعلم في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ ( أنظر ألزينو م ١٥٧ وفي فروض أخرى م ١٥٨ - م ١٧٣ ) .

لماذا لا تكون دعوى أصلية (١) .

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء في فرنسا وعند القضاء الفرنسي (٢) دعوى احتياطية على الأمنى الذى قال به أوبرى ورو فيما قدمناه . والسبب فى ذلك . كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان (Maravent) فى رسالته (٣) ، أن معنى «سبب الإثراء» لا يزال فى فرنسا محل خلاف ، ولم ينضبط على الوجه الذى انضبط به فى مصر . وسرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى . وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه الذى أخذ به القانون المصرى الجديد . وفسر هذا السبب بأنه هو المنصير القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء . لم تعه هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . ويغنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت . بعد أن انطلقت من عقالمنا . فى حاجة إلى قيد تنضبط به . فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية المزعومة التى ابتدعتها الأستاذان أوبرى ورو . بل يكون هو «سبب الإثراء» فهوما على المعنى الذى قدمناه فبدخل قيداً فى الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب . وسرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدماً مشهوداً . وأن القانون المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الحاسمة

## ٢٨ - القانون المصرى

٧٧٩ - **الفقه والقضاء فى مصر** : سار الفقه والقضاء فى مصر بادية الأمر

فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى (٤) .

(١) أنظر كاييتان فى كتابه الأحكام الكبرى لفقهاء اندو طبعة مائة مارس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المرجع) .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين الذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى .

(٣) مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٩ - ص ١٣١ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل ١٩٣٩ - ٢١ مارس ٣٤٥ - وفى ١٣ يناير

ولكن جانباً من الفقد ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر . وأخذ يتساءل : هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية؟ وننقل هنا ما كتبناه في «الموجز» في ظل القانون المدنى القديم :

«تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هي دعوى احتياطية . ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى . فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء ، فعليه أن يسلك هذا السبيل . مثل ذلك أن يقتصب شخص مالا لغيره فينتفع به ، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المعتصب بدعوى المسؤولية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء . وقد يكون للمفتقر طريق آخر ، ولكن قبل الغير لا قبل المثرى . فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المثرى . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء ، بل يرجع على المريض بدعوى العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقي ، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذى استوفى الدين . فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى .»

«ونحن لا نرى محلاً للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى

= سنة ١٩٣١ م ٤٣ هـ ١٤٨ - وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ هـ ٣٧ -  
إتاي البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ ص ١١٩٠ ( وقد سبقت الإشارة إلى بعض  
هذه الأحكام ) . وانظر والتون ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١ - ذهني فقرة ٧٠٥ وما بعدها  
- حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ ص ٣٨٩ ( وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع )  
- وينضم الدكتور ودع فرج في مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية  
لدعوى الإثراء . ويأخذ على القانون الجديد أنه نفى هذه الصفة عن الدعوى . ثم  
يقول إن التعديل الذى أدخله القانون الجديد له أثر عميق ، إذ يصح تطبيقاً لهذا التعديل  
- بحسب رأيه - أن يختار صاحب الأرض التى بنى فيها أجنبى بحسن نية ، في رجوعه على  
البانى ، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية .  
وواضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم البانى بحسن نية في أرض الغير ، وهى تطبيق  
خاص لدعوى الإثراء ، كما أسلفنا القول . فتطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها  
في حالة من حالاتها الخاصة . فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين  
دعوى الإثراء . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

احتياطية . فهي دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها ، حتى لو وجد المدعى أمامه طرفاً أخرى . أما ما يقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة . فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القانونية ، فقول كان يصح في قانون كالقانون الروماني حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة في القانون البريطوري وقواعد القانون ممثلة في القانون المدني العتيق ، أو في القانون الإنجليزي حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن «القانون العام» . أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون ، فكلهما قانون يمكن الالتجاء إليه . ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر .

«أما ما قدمناه من الأمثلة التي رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء . فلانرى فيها ما يمنع المدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء . فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسؤولية التقصيرية قبل المعتصم . ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض ، ويستطيع من وفى دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن ، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء . إلا أنهم لا يفعلون ، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء . ففيها يستولون على تعويض كامل ، أما في دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار ... (١) » . هذا ماقلناه في «الموجز» في ظل القانون القديم . ولانزال نقوله حتى اليوم ، وفي ظل القانون الجديد (٢) .

وينحو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو في رسالته «التصرف القانوني المجرد» ، بل هو يربط في وضوح ما بين «السبب في الإثراء» والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول : «ينشر الفقه في فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . . . وهذا في رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد مسألة الإثراء . ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب في الإثراء بمعنى الغرض الشخصى المنشود . أما إذا

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١ .

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاص بتعديد معنى «الافتقار» في الأمثلة التي وردت في النص . وسنعود إليه بالتفصيل فيما يلي .

أخذناه على معنى السبب المنشئ : فإن دعوى الإثراء لا يجوز مباشرتها في الحالة المذكورة في المتن (حالة المشتري الذي يدفع الثمن دون أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لأنها دعوى احتياطية . وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد الثام (١) .

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته هذا المنهج ، ويبين في وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفي إذا فهم «السبب في الإثراء» على الوجه الصحيح (٢) .

هذا هو الفقه المصري في مرحلته الأخيرة قبل صدور القانون المدني الجديد . أما القضاء في مصر فكان أقل وضوحاً في إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء : ولكن محكمة النقض لم تصرح في حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك (٣) .

- 
- (١) الدكتور محمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ حاشية رقم ٧ .  
(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية - سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ - ص ١٤٥ .

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو سنيت (فقرة ٥٣٣ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية . ويورد في سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ص ٦٨) تقول فيه : «حيث وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخرة» (أنظر أيضاً مارافان وهو يشهد على هذا الرأي بنفس الحكم في ص ١٢٧ حاشية ٢) . ونرى من البيان أن الحكم غير صريح في المعنى المنسوب إلى محكمة النقض . وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته في صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقد . ومن هنا نرى الارتباط القوي بين الصفة الاحتياطية والسبب في الإثراء . فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين .

على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تبشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء . وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة واسكنها لا تبشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تبشر لأنها غير قائمة

## ٧٨٠- القانون المصري الجرمي : وجاء القانون الجديد صدى للفقهاء

المصري في مرحلته الأخيرة ، مستجيباً لدعوته . فجاء من دعوى الإثراء دعوى أصلية ، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى . بعد أن رد إليها اعتبارها ، ونفى عنها الصفة الاحتياطية ، فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية .

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذي وقفه القانون الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار في أية حالة لا يكون فيها للمدعى دعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التي من هذا القبيل كثيرة متنوعة . وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه . وهذا هو الميدان الحقيقي لدعوى الإثراء .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء . فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة ، ويقال إن المدعى لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا تجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر . فيتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء . مثل ذلك المعبر بدفع العارية للمستعير وله في استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق . فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المغتصب المال الغير . يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى الغصب ، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء .

والصحيح أن المعبر في المثل الأول ، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء . فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية . بل لأنها غير قائمة أصلاً . إذ المثل هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانوني هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم . وسرى فيما يلي أن سبب الإثراء « يغنى في الكثرة الغالبة من الأحوال . كما أغنى في هذه الحالة ، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما في المثل الثاني فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المغتصب بدعوى الإثراء . فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب . وإن كان في الواقع يختار دعوى الغصب إذ هي نهية له تعويضاً أوفر . فدعوى الإثراء .

لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون (١).

(١) وقد رأينا فيما تنطه عن الموضع (فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١) مثلين آخرين :  
(١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض - (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في دمه - وقتلنا إنا لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى القصد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين ، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل الدين .

وفى هذين المثالين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى القصد ومع دعوى دفع غير المستحق . وقد تجتمعت مع دعوى المسؤولية التقصيرية كما رأينا فى مثل المتصيب لمال الغير الذى أوردناه فى المتن ، وكما يقع فى المنافسة غير المشروعة وفى التقليد (contrefaçon) فيجوز للدعى أن يرجع على المنافس أو المقلد بدعوى المسؤولية التقصيرية أو بدعوى الإثراء . وقد تجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نصابة ميراثاً لشخص يجهل أنه وارث ، وكما إذا تولى عمال لصالح شخص دون توكيل ، فيجوز أن يرجع النصابة أو المحامى على من أئتمى إما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء .

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية ، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى - كدعوى القصد أو دعوى المسؤولية التقصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة - كان للدعى الخيار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى . وفى هذا النطاق وحده يمكن أن تصور أن تقوم دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها .

ويمكن القول - وهذا هو التحفظ الذى أشرنا إليه عندما كنا نتقل عن الموجز - إن دعوى الإثراء حتى فى هذا النطاق لا تقوم . ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى «الافتقار» تحليلاً أبعد مدى مما قدمناه . إذ يلاحظ أن الافتقار فى كل هذه الأمثلة يقابله حق ترتيب التعويض بسبب افتقاره . فالمنصوب ماله كسب بالنصب حقاً فى التعويض قبل الغاصب .

والطبيب كسب بالقصد حقاً قبل المريض . والموظف لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن . ومن نوفس منافسة غير مشروعة أو قللت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل الناس أو التلذ . والنصابة والمحامى دون توكيل كسب بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من ترافع عنه المحامى - فهل إذا كان المتفر فى الوقت الذى افتقر فيه كسب حقاً يعادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق فى ماله ، يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود ؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قابله حق يعادله فائدهم ، فلا تقوم دعوى الإثراء فى جميع الحالات التى قدمناها ؟ إذا صح ذلك انمضى كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها ، فبذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما «سبباً» للإثراء أو «معادلاً» للافتقار ، وفى الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء .

وهذا الرأى له مزيانان : (أولاً) أنه ييسر المسألة التى نحن بصدد حلها إلى حد كبير ، وبدلاً من أن نثير إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى كائنة ، ثم نساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى ما نثرة دعوى الإثراء ، نقرر فى سائلة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها =

بقيت الحالات التي تكون فيها الدعوى الأخرى التي قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد انسدت طريقها ، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية ، ولا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسدت . وجميع الأمثلة التي نورد عادة في هذا الصدد ليست إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانوني . فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى الإثراء ، لا لأنها دعوى احتياطية . بل لأنها ليست قائمة . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود يزيد على عشرة الجنيهات ولم يحصل على دليل كتابي ، وأراد المقرض - بعد أن انسدت أمامه طريق دعوى القرض مانع قانوني هو انعدام الدليل الكتابي - أن يرجع على المقرض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبيئة كواقعة مادية ، لم يجز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض (١) . وإذا أقرض مصرف مديناً مبلغاً من النقود سدد به دائناً مرتبها ،

= لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى . فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع . (ثانياً) أنه يجعل للافتقار «مادلاً» له مزية التعديد الذي جعلناه «لسبب» الإثراء . فكمذا أن الإثراء قد يكون له «سبب» هو المصدر القانوني الذي أكتب للمزى هذا الإثراء ، كذلك الافتقار قد يكون له «معدل» هو الحق القانوني الذي كسبه المقرض بسبب هذا الافتقار . والافتقار «بمعدل» كالإثراء «بسبب» ، كلاهما يندم في دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم .

هذا وقد تجتمع دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة ، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيه هذا من بناء ملكاً له . ثم يتعاقد المستأجر مع مقاول لإقامة البناء ، ويعجز عن الوفاء بالتزامه نحو كل من المقاول وصاحب الأرض ، فيلتزم هذا نحو المستأجر أن يموئ المقاول ويبتولى على البناء . فللمقاول في هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر . ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول ، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (أنظر محكمة السين الفرنسية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازت دى باليه ١٩٠٠ - ١ - ٢٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٨٦ يمارض حكماً آخر في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٨٦) .

(١) ويرى الأستاذ فاكيه (Naquet) جواز أن يباشر المقرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الواقع القانونية التي تطوى على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما في جريمة خيانة الأمانة (تطبيق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٢ - ١٩١٨ - ١ - ٥١) .

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للإثراء هو عقد القرض كما قلنا . =



وأهل المصرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلولة محل هذا الدائن المرتهن ، وترتب على ذلك أن دائناً متأخراً تقدم على المصرف ، وأراد المصرف - بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإمماله - أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء ، لم يجر له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو

= وهذا هو شأن عقد المعاوضة إذا أبرم كتابة بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (م ٦٥٨ فقرة ١ وفترة ٢ مدني جديد) ، فإذا حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بها رب العمل كتابة ، وأراد المأول الرجوع على رب العمل بزيادة في الأجر ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى التقدي لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب العمل له سبب هو عقد المعاوضة الأصل .

وهذا أيضاً هو شأن كل القروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها للمانع قانوني ( أنظر الحاشية الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها المؤرخون في رسالته ) . فإذا قام تاجر بجوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها ، وتقدم حقه باقتضاء سنة (م ٣٧٨ مدني جديد) ، وانسد طريق دعوى التقدي بالتقدم ، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن الدعي عليه قد أدرى بسبب قانوني هو التقدم . وإذا باع قاصر عقاراً بغير فاضل ورفض دعوى تكملة الثمن نقض له بالتسكة ، ثم زلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخلاسه ، وانسد طريق دعوى تكملة الثمن بصور حكم نهائي ، فإن المشتري لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على القاصر لأن هذا قد أدرى بسبب قانوني هو بطلان الدعوى المفضى .

وقد رأينا فيما قسمناه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للإثراء ، فيمنع بذلك قيام دعوى الإثراء . فإذا لم ينقلب هذا المانع القانوني سبباً للإثراء ، انسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإثراء . وهذا فاضل في أن دعوى الإثراء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال . ونأتي بمثل لتلك : نصت المادة ١٨٤ من القانون المدني الجديد (م ١٨٤/٢٠٩ قديم) على أنه لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقدم . ويلتزم للمدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء . فبها وجدت دعوى استرداد غير المستحق . وانسد طريقها للمانع قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقدم ، ولكن القانون استطاع هذا المانع بقدر فلم يحمله سبباً للإثراء ، وأجاز للغير الذي قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على المدين الحقيقي . ولا يقال ، إذا ترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقدم ، إن التقدم هو سبب للإثراء ، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين ، أي وقت أن أدرى ، لم تكن قد سقطت بالتقدم ، والعبرة في الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سئرى .

حكم القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١). وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن يعطى التلميذ درساً خاصاً . ثم يفسد الأب . فتتسد أمام المعلم دعوى الرجوع عليه بالعقد لإعساره . ويريد المعلم الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب . لم يجوز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى بسند طريقها بفعل الدائن (أنظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التي بحثها ألويزينو في رسالته) . فإذا كان شخص يملك كتاباً ضل في غابة للميد ، فأسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أجنبياً متولياً نفقة إسطامه دون أن يسلمه للبلدية ، فسد أمامه طريق دعوى القسالة بفعله ، فإن صاحب الغابة لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الكتاب ، لأن هذا إذا كان قد أثرى فلاثرائه سبب هو قانون ٣١ يونية سنة ١٨٩٨ الذي يوجب في فرنسا تسليم الكلاب الضالة للبلدية وهي التي تتولى إسطامها ( أنظر رسالة ألويزينو ص ١٥١ - ص ١٥٢ - مرافعة مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ - ص ١٤٢ - أنظر أيضاً محكمة إنيلى البلرود في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ ص ٧٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ وهي الأحكام التي أشار إليها مرافعة في المرجع المشار إليه ) . وإذا أهمل الماثل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتليد حق امتيازها على بناء أقامه لشخص أفس ، فسد أمامه طريق دعوى الامتياز بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التعلية ، لأن التعلية إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز الماثل ، فلها الإثراء سبب قانوني هو أحكام القانون الخاصة بمراثة الدائنين ( أنظر ألويزينو ص ١٥٢ - ص ١٥٤ - مرافعة ص ١٤٠ )

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر في قضية فرنسية هي قضية (Deschalette) (تض مرسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ فاللوز ١٣ - ١ - ٤٣٣) : باع رجل أرضاً لمملكه يماً صورياً ، مرهنت الحليلة الأرض لمصرف في مقابل قرض أقامت به بناء على الأرض . فرفضت مطلقة البائع دعوى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بطلان الرهن الصادر من الحليلة لأن ملكيتها للأرض ملكية صورية ، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى إثراء قبل المطلقة التي أثرت من وراء بطلان الرهن إذا ارفضت مرتبة رهنها القانوني على أموال مطلقها ومنها هذه الأرض . ويقول الأستاذ رواست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أهمل . وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع ، وبه أهمل فدعوى الإثراء لا تنفع بإهمال الدائن وقد رأينا أن الماثل يسمى النبة يرجع بدعوى الإثراء ، والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية أحطت في إطلاق الرهن ، لأن الصورية لا يحتج بها على الغير حسن النية . أما إذا فرضنا جدلاً أن الصورية يحتج بها هنا ، فإن محكمة النقض تكون قد أصابت في إنكار دعوى الإثراء على المصرف الذي سد طريق دعوى الرهن بفعله ، وإذا كانت المطلقة قد أثرت ، فإن لإثراءها سبب قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بمفظ ميراث الدائنين ( مرافعة ص ١٣٨ - ص ١٤٠ - أول ديسمبر ص ١٤٤ - ص ١٥٠ ) .

الآب أن يقوم على تعليم ولده (١).

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصاية . فإذا قُمت دعوى أخرى إلى جانبها ، كان للمدعى الخيار بين الدعويتين . وإذا كان يختار في الواقع الدعوى الأخرى ، فتبدو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية . فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، وإما أن تكون هي الأجدى على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء .

وإذا كان هناك شيء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى . فإذا استفدها جميعاً ولم يستقم له أى منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل الذى يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية واحداً بعد الآخر ، فإذا استفدها جميعاً ولم يبق أى منها سبباً لإثراء المدعى عليه ، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء (٢) .

## المطلب الثانى

### لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١- القانون المدنى الجديد : نص القانون المدنى الجديد صراحة في

(١) وقد رأينا أن محكمة مونتيلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ٢ - ٢١٣) أجازت رجوع العلم على التليذ بدعوى الإثراء بلا سبب . (أنظر ألويزينو ص ١٥٧) وأنظر عكس ذلك مارافان ص ١٠٩ .

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر ، فوهبها المشتري لثالث ، وفسخ البائع البيع وأراد الرجوع على المشتري فوجده ممسراً ، فهو لا يستطيع الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، لأن الموهوب له قد أثرى بسبب قانونى هو حيازة المنقول بحسن نية (لا عقد الهبة لأن الواهب قد انفسخ سند ملكيته) . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي لقانون المدنى الجديد اشتمل على نص يميز في هذه الحالة رجوع البائع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، ولكن النص حذف في لجنة المراجعة ، فخرج المشروع التهاى خالياً منه .

(٢) وإذا أخذنا بفكرة «المعادل» في الافتقار على الوجه الذى قدمناه أمكن أن تقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتى : يجب على المدعى قبل أن يبلغاً لمدى دعوى الإثراء =

المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد. ومعنى ذلك أن العبارة بحصول الإثراء . ففى حصول وجد الالتزام فى ذمة المثرى ، وليس من الضرورى بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى .

## ٧٨٢-الرأى المعارضه : والرأى السائد فى فرنسا (١) هو الرأى المعارض.

إذ يشترط هناك - كما كان يشترط فى مصر (٢) قبل صدور القانون المدنى الجديد - أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . وقد جاء فى «الموجز» (٣) فى هذا الصدد ما يأتى : «والندى الذى أثرى به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن . وينبنى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات فى منزل للمدين . ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى ، فإنه لا يرجع بشيء على المدين . ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى

= أن يتعرض كل الأسباب التى تصلىح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معادل للانتقام ، فإذا استفدها جعاً ولم يجد أياً منها يصلح لذلك ، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء .

(١) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ - أوبرى ورو طبعة خاصة من ٣٦٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) - بلانول وريبير وإسبان ٧ من ٥٠ - جوسران ٢ من ٢٨٠ (١) - محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٣٢٢ - محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ - سيرة ١٩٣٠ - ٢ - ٧٣ - محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٥٣ - وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ من ٢٨١ .

(٢) دى هانس ٢ من ٢٩٩ - والنون ٢ من ١٩٠ - الموجز للدولف من ٣٨٧ - ٣٨٨ - مارافان من ٧٥ - من ٨٣ . ومع ذلك قارن حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٥ وفترة ٥٤١ وفترة ٥٤٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قدمه له المدعى . فلا تقوم هذه الدعوى فى جميع الحالات التى يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة فى ماله قد زالت ، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أوقفه منها ، إلا إذا كان الإثاق لضرورة من ضرورات الماش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالإثاق لهذا السبب لولا الزيادة التى أحدثها المدعى (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٤١٧ - أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧٢ من ١٢٢ - محكمة النصوص الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ من ٢١٢ - محكمة أشمون الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ من ١٩٥) .

(٣) من ٣٨٧ - من ٣٨٨ .

وقبل صدور الحكم، فلا يؤثر هذا في حق الدائن، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى. على أن الإثراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً عن خدمات أداها الدائن للمدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم حلت قبل التقاضي. وهذا الحكم الغريب - وهو البقية الباقية من مخلفات الماضي وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف في الأغلال والتبؤد - يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية (١):

- (١) أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين، إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى، فالوقت الذي يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذي تطلب فيه إعادته، أى وقت رفع الدعوى
- (٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذي يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة. ففي الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى، لأن الفضولى وهو يولى جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر.
- (٣) أن الإثراء بمائل الضرر في المسئولية التقصيرية، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى.
- (٤) أن جميع التقنيات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى (٢).

- 
- (١) تنقل هذه الأسانيد عن ملاحظان بنوع خاص، فهو من أنصار هذا الحكم ومن أكثرهم تحسناً له (أنظر ملاحظان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ - ص ٨٣).
  - (٢) هذه هي الأسانيد الرئيسية. ويضاف إليها عادة حجج أخرى ثانوية منها:
    - ١٥ « أن الإثراء دخل في مال المرى دون إرادته، بل دون علمه في بعض الأحيان، فكيف يجوز عدالة أن يرد المرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى؟ »
    - ٢٥ « يقع كثيراً أن يكون المفتقر هو السبب في إقترع نفسه، فواجبه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (أودوينو ص ٧٥).
    - ٣٥ « اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادة في الفروض الآتية: (أ) إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلك وقت رفع الدعوى فن العدل أن تُرد قيمتها الاسمية - وهى القيمة وقت رفع الدعوى - لا قيمتها القلبية - وهى القيمة وقت الإثراء، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية. (ب) إذا اشتمل الإثراء على عين بأعها المرى أو وهبها، فن العدل أن يرد العين في حالة البيع أو لا يرد شيئاً في حالة الهبة - وعندها هى قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى. أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين في حالة البيع والهبة. (ج) إذا كان الإثراء لم يتحقق، كما إذا أقيم مستأجر بناء =

## ٧٨٣-الرأى الصحيح : والرأى الصحيح فى نظرنآ هو الرأى الذى

أخذ به القانون المدنى الجديء من أن العبرة فى تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى . وما دمنآ نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التى أنفلنآ فى الماضى ، فالواجب أن نتحاكم فى هذه المسألة، لا إلى تقاليد القاعدة، بل إلى المنطق القانونى السليم . وقد قدمنا أن مصدر التزم المثرى هو واقعة الإثراء . ولما كان الالتزام بوجود بوجود مصدره . فالتزام المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء. فمنذ أثرى المثرى أصبح ملتزماً . ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام ، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله . فيتعين إذن محل الالتزام - وقيمة الإثراء أحد عنصريه - وقت تحقق الإثراء . ويتبين من ذلك فى وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى .

هذا هو المنطق القانونى السليم . وهو عين المنطق الذى نراه فى جميع المصادر الأخرى للالتزام . فالالتزام الناشئ من العقد يتعين محله وقت تمام العقد . والالتزام الناشئ من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود إليه فيما يلى . والالتزام الناشئ من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة المانوية التى يربط القانون عليها الالتزام . جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك . فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً إذا مت يتعين بقيامها محل الالتزام ، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقى العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب ، ونستبقى لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشنوذ التى اشتهر بها فى الماضى ! إن القانون المدنى الجديء عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام . وأن العبرة فى تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء ، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة ، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى . وفك عنه آخر

---

= فى الدين المؤجرة سنقول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار ، فن العدل ألا يرجع المفاون بدعوى الإنزاء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى . وستثنى الرد على هذه المجمع عند الرد على الأسانيد الرئيسية .

غل كان به مشدود الوثاق .

## ٧٨٤ - نقصه الرأى المعارضه : أما الحجج التى يستند إليها الرأى

المعارض فمن الميسور نقضها :

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين مالبتين ، فهذا صحيح . ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن ؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك ، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد . وما دامت العبرة بقيام الاختلال ، فما أولى أنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم ، ففي هذا الوقت وحده يستطيع القاضي أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال فى مكنته أن يصلحه ؛ وقد أبى الأستاذ ديموج ، وهو من أنصار الرأى المعارض ، إلا أن يسير فى منطقته إلى نهاية الشوط . فيقول بوجوب إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم (١) . ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فمن بين الأوقات الثلاثة التى تتنازع المسألة التى نحن بصدد حلها ، وقت وقوع الاختلال فى التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم ، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت . لا يدخل فى تحديده التحكم ، ولا يتعين تبعاً للمصادفات . وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال فى التوازن . أى وقت تحقق الإثراء . فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء .

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية الوهن . فالتمييز بين الدعويتين لا يزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز . ولا يزال هناك فارق جوهري بين دعوى الفضالة التى تجعل للفوضىلى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، ودعوى الإثراء التى لا تجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهري هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويتين . فإن الفوضىلى يولى جميلاً فكان له أن يسترد جميع مصروفاته

الضرورية والناعمة ، أما المفتقر فليست عنه هذه الية ولذلك لا يسترد إلا أقل التبعين .

(٣) وأما أن الإثراء يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية ، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى . فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح . وإنما يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء . وسرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً . لا يوم رفع الدعوى .

(٤) وأما أن جميع التقنيات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى . فهذه التقنيات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها . لأنها إنما تسير في قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدها الضيقة . وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل . وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب في توضيق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذي تذهب إليه القوانين اللاتينية . فهي تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر . ولا تقر الإثراء المعنوي بل تشترط أن يكون ذا قيمة مادية . فكل هذه التقنيات من لاتينية وجرمانية وقفت بالقاعدة عند تقاليدها القديمة ، وجمدت عن أن تسير بها في طريق التطور (١) . على أن هناك تقنينين سجلا للقاعدة هذا التطور الأخير : فنصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى ، وهما التقنين النمساوى (٢) والتقنين الأرجنتيني (٣) . فهل يعيب القانون المصري الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى

(١) على أن بعض هذه التقنيات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدراً وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان المثرى سىء الية (م ١٢٧ من التقنين البولوني وم ١٤٢ من التقنين اللباني وم ١٨٢ من التقنين الصربي وم ٤٠٠ من التقنين السوفيتي) . ونرى عن البيان أن المثرى حسن الية لا يقل الرأمة ، في مطلق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن التزام المثرى سىء الية ، إذ أن سوء الية أو حسنها لا دخل له لا في ترتيب الالتزام ولا في تحديد مداه .

(٢) ينص التقنين النمساوى — وهو في صدد التمييز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، أي أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ مارافان (ص ٨٢) — على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك ، فيقول في المادة ١٠٤١ : « إذا استعمل شيء لشفعة الغير ، من غير أن تكون هناك فضالة ، فلصاحب الشيء أن يسترده عيناً ، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التي كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك » .

(٣) ينص التقنين الأرجنتيني في المادة ٢٣٤٣ على ما يأتي : « العقود التي تكون أتمت فزادت في قيمة شيء يملكه الغير ، أو ترتب على إتمامها نفع للغير أو تخفيف في ملكه ، يعتبر إتمامها أمراً نافماً ، حتى لو زال الإثراء فيما بعد » .



## الواجب في التطور (١١)!

(١) أما الحجج الأخرى الثانوية فهي أيضاً غير متينة :

١ — فأما أن الإثراء قد دخل في ملك المثرى دون إرادته ، بل ودون علمه في بعض الأحيان ، فلا يجوز أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى . فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بتبجحها . ذلك أن الزام المثرى بالرد لا ينشأ من إرادته ، بل ينشأ من واقعة مادية هي واقعة الإثراء ، فبني تحققت هذه الواقعة قام الالتزام وتعين عمله في الوقت الذي نشأ فيه . والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المثرى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انتفاء إرادته أى أثر في مدى التزامه . ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة في الأحوال التي يتحقق فيها الإثراء بإرادة المثرى وهي أحوال كثيرة ؟ آراءهم يفرقون بين حالة وحالة !

٢ — وأما أن المفتر هو السبب في إنقارقه فوجب عليه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء ، فهذه حجة غريبة ، إذ هي لا تقوم على أساس قانوني ، ولا هي تشمل كل حالات الإثراء ، فكثيراً ما يقع أن يكون المثرى هو السبب في إثراء نفسه على حساب المفتر . والسبيل القانوني لدفع المفتر إلى تعجيل دعواه هو تقصير مدة التقدم ، وهذا ما فعله القانون الجديد .

٣ — وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادلة ، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس . والقروض التي سبقت في هذا الصدد هي ذاتها التي تدل على ذلك : (١) فإن الإثراء إذا اشتمل على سنوات استهلك وقت رفع الدعوى فليس من المقطوع فيه أن المدل يقضى برد قيمتها الاسمية — وهي القيمة وقت رفع الدعوى — دون قيمتها الفعلية — وهي القيمة وقت الإثراء . فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان لاثنتين بهذه الحجة أن المدل على خلاف ما يقولون . على أن المطلق القانوني يقضى بأن السنوات استهلكة — وقد أصبحت ملكاً للمثرى من وقت تحقق الإثراء — تدخل في ذمة المثرى ويلزم ردها قيمتها الفعلية ، ثم هو الذي يتحمل تبعاتها بعد ذلك ، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت . (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين بعبها المثرى أو وهبها فليس من العدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً في حالة الهبة (وقد قدمنا أن المفتر في هذه الحالة لا يستطع أيضاً الرجوع على الموهوب له) ، بل المدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فبرد هذه القيمة في حالة الهبة ، ويرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن في حالة البيع ، وما دام قد أصبح مالكا للمعين فهو الذي يتحمل تبعاتها ، زادت القيمة أو انخفضت أو انعدمت . (ج) وإذا أقام السائر بناء في المعين للزوجة فإن المفاوض لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار ، ولا لأن قيمة الإثراء تقدم وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأي المعارض ، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق ، إذ أن المؤجر لا يتملك البناء إلا عند نهاية الإيجار .

على أن الرأي المعارض هو ذاته الذي يؤدي إلى نتائج غير مستأغة . من ذلك : (٢) إذا كان الإثراء عملاً قد تم أو منفعة قد استهلك ، فطبق الرأي المعارض يقضى بالأعمال الرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى . ولم ينشئ أصحاب الرأي المعارض برأيهم هنا ، ولم يسمهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأي الآخر (أنظر مارافان ص ٧٧ — بلانتول وريبير وإسمان ص ٥٠ — ديموج ٣ فترة ١٧١) . (ب) إذا وفي شخص دين غيره ، فترتكبه

وبتين مما قدمناه أن الإثراء تقلد قيمته ، وقت نشئه . وغذا هو الوضع الصحيح للمسألة . فإدام الإثراء منذ تحققه دخل في ذمة المثرى وأصبح ملكاً له ، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله الغنم ، وإن نقص أو زال فعليه الغرم . بهذا تقضى المبادئ الصحيحة ، وهذا ما يفرضه المطلق القانونى (١).

\*\*\*

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت في القانون المدنى الجديد من آخر ما كان يغلقها من قيود . وهى بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها . فهل يكون هذا المصير هو مصير المسؤولية التقصيرية ، إذ كانت في القديم محصورة في نطاق ضيق . ثم أطلقت من قيودها ، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحي القانون (٢)؟

إن دعوى الإثراء في حاجة إلى مثل هذا التطور ، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة في الإثراء ، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والنافعة ، وتبقى هذه الحالات في نطاقها الخاص ، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يتجاوز هذا النطاق . كل هذا حتى يأتي اليوم الذى تتصلص فيه هذه الحالات الخاصة ، فتبتلعها القاعدة العامة في الإثراء ، كما ابتلعت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية الحالات الخاصة

= الدائى الذى استوفى حقه دعواه تسقط بالتقادم . فإذا أخذنا ما بالرأى المعارض لم يميز لمن وفى بالدين أن يرجع على الدين الحقيقى بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقتدفع الدعوى بتقادم الدين . ولما كان هذا الحل غير مستساغ فقد جرى النص على خلافه (أنظر المادة ١٨٤ من القانون المدنى الجديد - وأنظر أيضاً المادة ١٤٨/٢٠٩ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسى) . (د) على أن الرأى المعارض ليس دائماً صالح المثرى ، بل قد يتقلب حرباً عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى ، بدلاً من أن يروى أو ينقص ، ولم يعاوز مع هذه الزيادة قبة الافتقار .

أنظر الدكتور حشمت أبو سنيت فقرة ٥٤٠ من ٣٩٤ ، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه القانون المدنى الجديد .

(١) ولما كان القضاء وافقه في حل القانون المدنى القديم قد حرياً على أن تعدل الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء ، فإن القانون المدنى الجديد - وقد أتى بحكم مخالف - لا يكون له أثر رجعى في هذه الحالة . ولو أن الإثراء عو زيادة في منزل المثرى قبل القدر ، وتمتعت هذا الإثراء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى قبل هذا القانون الجديد ، واحترق المنزل بعد هذا التاريخ ، فإن المعتبر لأمر رجعى شئى على المثرى تطبيقاً للقانون القديم .

(٢) أنظر زبيح في الله سنة الحقة من ٩٠ - من ٩١ .

في الجنب المدنية .

هذه هي سياسة القانون المدني الجديد : أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد ، فتصبح مثلها مصدرأ مستقلاً للالتزام .

## الفرع الثاني

### أحكام الإثراء بلا سبب

٧٨٥- **الدعوى والجزاء** : إذا توافرت الأركان التي قدمناها في قاعدة

الإثراء بلا سبب ، ترتبت أحكام هذه القاعدة ، ووجب على المثرى تعويض المفتقر .

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هي الطريق إلى هذا الجزاء .

ونستعرض في مبحثين متعاقبين - كما فعلنا في المسؤولية التقصيرية - الدعوى والجزاء .

## المبحث الأول

### الدعوى

نستعرض في الدعوى ما يأتي : (١) طرفي الدعوى . (٢) الطلبات والدفع . (٣) الإثبات . (٤) الحكم .

### § ١ - طرفا الدعوى

#### ١ - المدعى :

٧٨٦- **من يكونه المرعى** : المدعى هو المفتقر ، فهو وحده الذي يحق له

أن يطالب بالتعويض . ويقوم مقامه النائب والخلف .

ونائب المفتقر ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه ، وإذا كان محجوراً هو القيم ، وإذا كان مفلساً هو السنديك ، وإذا كان وقتاً هو ناظر

الوقف . وإذا كان المفتقر رشيداً بالغاً فثأبه هو الوكيل .  
والخلف هو الوارث أو الدائن . وهذا هو الخلف العام . والمحال له وهذا  
هو الخلف الخاص . فإذا مات المنتقر حل وارثه محله في المطالبة بالتعويض .  
ويجوز لدائن المفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملاً حق المفتقر عن  
طريق الدعوى غير المباشرة . ويصح أن ينزل المفتقر عن حقه في التعويض  
إلى شخص آخر فيصبح الحال له هو دائن المثرى .

**٧٨٧- أهلية المرمى :** ولا يشترط في المفتقر أهلية ما . فناقص الأهلية -  
الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة - يصح أن يفتقر بأن يثرى شخص على  
حسابه دون سبب قانوني . فيصبح ناقص الأهلية دائناً للمثرى . بل قد  
يكون المفتقر عديم الأهلية . كالصبي غير المميز والمعتوه والمجنون . فيثرى  
شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانوني . فيصبح عديم الأهلية  
دائناً للمثرى بالتعويض .

**٧٨٨- تعدد المرمى :** وقد يتعدد المفتقر . كما لو أثرى شخص على  
حساب شركاء في الشروع . فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى ، كل  
منهم بقدر نصيبه في التعويض . ولا تضامن بينهم . بل لكل منهم دعوى  
مستقلة عن دعاوى الآخرين ، ويقدر القاضي تعويض كل على حدة . وذلك  
لعدم ورود نص على التضامن في هذه الحالة (١) .

ب - المدعى عليه :

**٧٨٩- من يكرم المرمى عليه :** المدعى عليه هو المثرى . فهو وحده  
المشلول عن تعويض المفتقر . ويتم مآم في المسؤولية النائب والخلف .  
فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان مجبوراً كان  
النائب هو القيم . وإذا كان مقلماً فالسنديك . وإذا كان وقفاً فالناظر (٢) .

(١) وقد ورد نص على التضامن في حالة تعدد الفضول (١٩٢م) فقرة (٣) ، وسيأتي  
بيان ذلك .

(٢) ويكون الوقف مشلولاً عن إثرائه بدون سبب قانوني ، وتتعدد مسؤوليته عن التعويض  
أقل قسبي الإثراء والامتياز . والقائم أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يتم على =

وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل .

وخلف المثرى هو وارثه ، ولكنه لا يرث التركة في الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون . فتركة المثرى تكون هي المسئولة عن تعويض المقتصر . وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل التركة . ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كمتجر مدين عن طريق الإثراء يباع وتحال ديونه على المشتري وفيها هذا الدين . فيكون المسئول عن التعويض في هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً .

#### ٧٩٠- أهلية المرعى عليه : أقر القانون الجديد . كما رأينا . بنص صريح

في هذه المسألة ، فقضت المادة ١٧٩ بأن « كل شخص . ولو غير مميز ، يرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم ... » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما بآتى : « ولا يشترط في المثرى توافر أهلية ما . فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء (١) » .

ولا شك في أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم . وإذا كان الملتزم بالعقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد في عقود التصرفات ، فذلك لأنه يلتزم بإرادته ، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت في درجاته تبعاً لخطر العقد . وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز . فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى . ومن ثم جاءت مسئولية عديم التمييز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص في القانون كما قدمنا . أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى نتطلب فيه التمييز . بل إن

= قيمة الإثراء التى التحقت بالوقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يقع الدليل القاطع على أن إنشاء الوقف هو السبب المباشر في إيقاع الضرر بدائى الوقف ، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البوليصة من دائن سابق على إنشاء الوقف . ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للمعار الموقوف ، ولم يتوف الدائن حقه ، ولم يستكن من استيفائه بسبب إغفار الوقف ، جاز الرجوع على الوقف بدعوى الإثراء (الاستئناف فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٤٥) .

مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique). هي واقعة الإثراء . فني تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام في ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز . غير أن المرى ، إذا لم يكن كامل الأهلية ، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلا . فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة ، فلا يحاسب ما فقدته من ذلك في تقدير إثارته (١) .

٧٩١- تعدد المرمى عليه : وقد يتعدد المرمى كما لو أثرى شركاء في

الשבوع على حساب الغير . فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر بالتعويض . ولا يكونون مسئولين بالتضامن . بل يكون كل منهم مسئولاً بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين : إثارته هو واقتدار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء . ويقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيها مر بنا . وانتفاء التضامن عند تعدد المرمى كانتفاء التضامن عند تعدد المفتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن (٢) .

(١) استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ م ٢٢٢ . وفي حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يحضى الإثراء بلا سبب أن تاقص الأهلية إذا أبطل النقد يبقى ملتزماً بمقتضى الإثراء ، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه ، بل يقتصر على ما خلص له من قيم حقق دون زيادة وعلى الفائدة التى جناها فضلاً عن وراء التزاماته . وكل من التزم والفائدة لا وجود له في حالة ما إذا أعطى سفيه ما لا حاجة له به إطلاقاً نظراً لما يملكه من الموارد الشخصية (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ م ٢٩٩) .

(٢) وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ في دفع غير المستحق (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ م ٢٤) — ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن في حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ١٨٥) . وقضت كذلك بالتضامن في التفاتة عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٢١٧) — وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن في هاتين الحالتين (أنظر ملرافان م ١٥٧ — وهرن فرانسوا جوريه م ٣١٨ ومحكمة القس الفرنسية في ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيرة ٥٩ - ١ - ٢٧٧) .

وليس شك في القانون الجديد — كما لم يكن هناك شك في القانون القديم — أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون . وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون . ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المدينين أو للمفتقرين إذا تعددوا ، ولم يرد نص على التضامن إلا في حالة واحدة هي حالة تعدد الفضول (م ١٩٢ فقرة ٣) وقد سبق الإشارة إليها . ونخلص من ذلك بوضوح أن القانون الجديد ، كالقانون القديم ، يحضى بعدم التضامن إذا تعدد المرمى أو تعدد المفتقر (راجع ملرافان م ١٥٨) .

## ٢٥ - الطلبات والدفع

### (تقديم دعوى الإثراء)

#### ١ - طلبات المدعى :

٧٩٢- يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار في حدود ما ذال المدعى عليه من إثراء . هذا هو ما يطلب المدعى ، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة . وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصيتين من الدعوى الأولى ، إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر .

ويترتب على ذلك أن المفتقر إذا تقدم كفضولي أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه ، فلا شيء يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب (١) .

(١) ويترتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند في دعواه إلى الفضالة ، فلا يجوز له لأول مرة أمام محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أفتقه المدعى في تسكيلة بناء على أرض المدعى عليهم اعتماداً على تكليف شفوي من أحدهم ، وأسس للمدعى دعواه أولاً على الوكالة ثم على الفضالة ، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له ، فلا يقبل من المدعى أن يطن بطريق النقض في هذا الحكم على أساس مخالفته للمادة ٦٥ من القانون المدني بقوله إن متى طعن هو من الأسباب القانونية الصرف التي يجوز إيدؤها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك لأن هذا الطعن فضلاً عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لبحثها حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧) . كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالفضالة ، فقالت في ذلك : « لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان تفريعاً في الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرّض على محكمة الموضوع » (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤) .

ب - دفع المدعى عليه :

٧٩٣- كيف يرفع المدعى عليه الدعوى: يدفع المثرى دعوى الإثراء بأحد أمرين : إما بالنكار قيام الدعوى ذاتها ، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة - الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب - لم يتوافر . وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، فيدعى مثلاً أنه وفي الافتقار ما يستحق من تعويض ، أو أنه اصطلاح معه . أو أن مقاصة وقعت . أو أن المنتظر أبرأ ذمته ، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم .

٧٩٤- الرفع بالتقادم: وتطبق القواعد العامة في كل ما تقدم. والذي يعنينا الوقوف عنده قليلاً هو الدفع بالتقادم . فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلاً جوهرياً في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تقادم إلا بخمس عشرة سنة ، صارت الآن تقادم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتي .

نصت المادة ١٨٠ من القانون الجديد على أنه «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١)» .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ينشأ المشروع في هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في المطالبة بالرد أو بالتعويض . ويقف على شخص من يلزم بذلك . وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء .... » بإضافة لفظ « بالتقادم » . وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها ، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة « بالتقادم » لأنها مفهومة من النص . ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التى قدمتها له لجنة القانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤ : - ص ٤٤٥) .



التقادم بالمدة الطويلة . ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام ( ١ ) .  
وقد جرى القانون الجديد فى هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير  
لا لزام لا ينشأ من إرادة صاحبه . وقد رأينا أنه فعل ذلك فى المسؤولية القصيرية .  
وسنراه يفعل ذلك أيضاً فى دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة .  
ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلاً عن إرادة الملتزم متى علم به صاحبه  
لا يبقيه القانون المدة التى يبقى فيها التزاماً أنشأته إرادة الملتزم ، فالثانى دون  
الأول هو الذى ارتضاه المدين .

ويتبين من النص الذى قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تقادم بأقصر  
المدينين الآتين :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض . وهو  
لا يعلم بحقه فى التعويض إلا إذا علم ما أصابه من انقطار ترتب عليه إثراء  
الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه . فلا يبدأ سريان التقادم فى حالتنا  
هذه من يوم قيام الالتزام فى ذمة المثرى ، بل من اليوم الذى علم فيه المفتقر  
بافتقاره وبمن أثرى على حسابه . وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر  
الموقف ، وينظر فى رفع الدعوى فى خلال هذه المدة .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويبدو لأول وهلة أن الدعوى  
تتقادم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة . وهذا صحيح فى  
الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره  
وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام ، إذا فرضناها  
أكثر من اثنتى عشرة سنة فإن الدعوى تقادم بانقضاء المدة الطويلة - خمس  
عشرة سنة من يوم قيام لزام - قبل تقادمها بانقضاء المدة القصيرة وهى  
ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثنتى عشرة سنة من يوم قيام الالتزام ،  
فلا تنقضى إلا بعد انقضاء مدة الخمس عشرة سنة . وهذا ما قدره القانون  
الجديد فاحتاط له ، ولم يغفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ . وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون  
الالتزامات السويسرى .

نيجعل لالتزام يتقدم بأسرعهما انقضاء (١).

## ٣٥ - الإثبات

١ - عبء الإثبات :

٧٩٥- يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المفتقر. فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام في ذمة المدين وهو المثري (٢).

فعلى المفتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء في جانب المثري ومقدار هذا الإثراء . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال ، وقد تقدم بيان ذلك .  
وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً في جانبه ترتب عليه إثراء المثري ومقدار هذا الافتقار .

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانوني . إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً ، ولا يكلف المثري إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك . وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن المفتقر إذا أثبت افتقاره وإثراء الغير فإنه يفرض ألا سبب للإثراء . وإذا ادعى المثري أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك (٣).

ب - وسائل الإثبات :

٧٩٦- لما كانت أركان دعوى الإثراء - الإثراء والافتقار وانعدام

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت في ظل القانون القديم ، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة ، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقادم القصيرة التي قررها القانون الجديد هي التي تسرى إلى ما سبق أن قررناه في هذا الشأن في صدد التقادم في بطلان العقد وفي صدد التقادم في المل غير المشروع (أنظر آتياً فقرة ٣٢٣) .

(٢) استئناف مختلط في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠٧ من ٤٠٧ .

(٣) أنظر في هذه المسألة فرانسوا جوريه في الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ من ٣١٦ - من ٣١٧ . أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للإثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرائن قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المفتقر إلى المثري ثم من المثري إلى المفتقر وهكذا .

السبب - كلها وقائع مادية ، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات . ويدخل في ذلك البيئة والقرائن .

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعينة وبتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود والقرائن الأركان الثلاثة التي يقع عليه عبء إثباتها .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على عشرة جنيهات فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في العقود (١) . ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب قانوني لهذا الإثراء ، فلا تتوافر أركان القاعدة ، ولا يترتب في ذمة المثرى التزام .

## § ٤ - الحكم

### ١ - الطعن في الحكم بطريق النقض :

٧٩٧- طرق الطعن في الحكم : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى الإثراء

عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . وطرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف . والطرق غير العادية للطعن هي التماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم والنقض .

وبعينا هنا طريق الطعن بالنقض ، فرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر في قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة . ونتناول - كما فعلنا في المسؤولية التقصيرية - أركان قاعدة الإثراء الثلاثة : الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانوني .

٧٩٨- الإثراء : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع

من الوقائع المادية التي يقدمها المدعى لإثبات ركن الإثراء ، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صح عندها وقوعه ، وهل هو يعتبر إثراء ، وهل هذا الإثراء إلزامي أو سلمي ، مباشر أو غير مباشر ، مادي أو معنوي ، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك

غير واجب . فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . وتقدير مدى الإثراء وتقويمه يتبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لا تعقب عليه محكمة النقض .

#### ٧٩٩- الافتقار : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع

من وقائع مادية في شأن الافتقار . ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض . ويخضع لرقابتها اعتبار ماصع عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً . وهل هو افتقار إيجابي أو سلبي . مباشر أو غير مباشر . مادي أو معنوي . وجوب قيام السببية المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون . أما قيامها فعلاً في حالة بالذات فمسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة . وتقدر بملازماتها وظروفها كما سبق القول . وتقدير مدى الافتقار وتقويمه يتبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما في تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال .

#### ٨٠٠- انعدام السبب : ويعتبر من مسائل القانون . ومن مسأله الدقيقة -

تحديد معنى السبب ومي يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء . كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون .

ويمكن القول بوجه عام - هناكما في المسئولية التفسيرية - أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع . ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر . فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تكون فيه محكمة النقض هي المرجع الأعلى .

#### ب - الآثار التي تترتب على الحكم :

#### ٨٠١- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض : الحكم في دعوى

الإثراء ، كالحكم في دعوى المسئولية التفسيرية ، ليس هو مصدر حق المفتقر في التعويض ، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه . فالحكم ليس إلا مقررراً لهذا الحق . لا منشئاً له . وحق المفتقر في التعويض إنما نشأ من واقعة مادية ،

هى واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانونى . وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام فى ذمة المدين . ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية :

(١) تحديد مدى التزام المثرى - أى تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتقر أقل القيمتين - تكون العبرة فيه فى الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم . وهذا هو ما قرره فى تحديد قيمة الإثراء . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجمعنا ننظر فى تحديدّها إلى وقت صدور الحكم ، وسنبين ذلك فيما يلى .

(٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى ، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه فى التعويض الأصيل تعويضاً عن التأخير . ولكن هذا الحق فى التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار (١) ، لأن المادة ٢١٨ تقضى بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين (٢) .

(٣) يجوز للمفتقر - وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء - أن يتصرف فى هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى . فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير ، ولدائن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر فى التفليسة مع سائر الدائنين .

(٤) يسرى التقادم - ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قدمنا - منذ وقوع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثراء

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥) ، فالوكيل والفضول يتقاضيان الفوائد من وقت الإيقاع .

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التى لاضرورة فيها للاعذار (أنظر م ٢٢٠) . فيجب إذن أن يعذر المفتقر المثرى وأن يطالبه فى الإعذار بتعويض عن التأخير . ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض . ولا عمل هنا لتطبيق النص الخامس بصر الفائدة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخامس بعدم اشتراط إنبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان عمل الالتزام ملبأً من التقود معلوم المقنن وقت الطلب (م ٢٢٦) . أنظر فى هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص ٣١٣ .

على حسب الأحوال . لأن الحق في التعويض قد وجد . ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكم . بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقادم القديم على ما سنرى .

**٨٠٢- الحكم يقوم المحر في التعويضه وبشرطه :** وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض . إلا أنه هو الذي يقوم هذا الحق . ويغلب أن يقومه بمبلغ معين من الثروة .

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق . بل هو يقويه أيضاً كما رأينا في الحكم الصادر في المسؤولية التقصيرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ فقرة ٢) . ومنى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز للمفتقر أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥) ، كما يجيز له أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التي عينها القانون للتنفيذ .

## المبحث الثاني

### الجزء أو التعويض

**٨٠٣- التعويضه هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء :** رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المثرى دون سبب قانوني على حساب شخص آخر ويلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع ، تهديد في هذا الصدد ما يأتي : « ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن » (١) .

فالتعويض إذن هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء . ولا يمكن أن يكون إلا ذلك . فإن المثرى قد أثرى على حساب المفتقر . فالتعويض لا يجوز من

جهة أن يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة ، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته ، وإلا لكان هو بدوره مثيراً على حساب المثرى دون سبب . ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المثرى حتى لو كانت خسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لنحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الخسارة كاملة . وإنما نحاسبه على ما وقع في يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه ، ولو أنه رد أكثر مما كسب لكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب (١).

ونستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) كيف يقدر الإثراء. (٢) كيف يقدر الافتقار. (٣) ما يقرن به التعويض—وهو أقل هاتين القيمتين — من ضمانات .

(١) أما في استرداد ما دفع دون حق وفي الفضالة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر في هاتين الحالتين أجدد بالرعاية من المفتقر في دعوى الإثراء بلا سبب . ونلاحظ في هذه المناسبة أن الحالات التي طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً — ونخص منها حالة البناء في أرض الغير (م ٩٢٤ — م ٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م ٩٨٠ — م ٩٨١) — التزم للمشرع فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية . فالباقي في أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء في الأرض فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هي قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هي قيمة الإثراء) . وكذلك الحال فيمن أفتق مصروفات نافعة في ملك الغير بحسن نية . أما إذا بنى الشفع في الفار المشفوع وهو حسن النية (أى قبل إعلان الرغبة في الشفعة) كان الشفع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أفتقه (وهذه هي قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد في قيمة الفار بسبب البناء أو الفراس (وهذه هي قيمة الإثراء) ، ولما كان المشتري هنا هو الذى يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتي الافتقار والإثراء ، وفي هذا خروج على القاعدة . أضف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيئ النية في حالة البناء في أرض الغير وفي حالة المصروفات النافعة وفي حالة الشفع إذا بنى بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام المثرى بالتعويض ، فإنه يدفع في الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض ، وفي الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل . ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلزم حدود القاعدة . وقد قلنا أن النصوص التشريعية التى وردت في هذه الحالات هي التى يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة . وفي هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها الشئونه ، فهى لا تزال سائرة في طريق التطور .

## ١٨ - كيف يقدر الإثراء

٨٠٤ - اعتباراً من تراعى في تقدير الإثراء: يراعى في تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقت وقوعه كما قدمنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذى فصلناه .

ويراعى كذلك أن يخصم من قيمة الإثراء ما عسى أن يكون المثرى قد تكلفه من مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه .

ويراعى أخيراً في التقدير ألا فرق بين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها . فالإثراء المثرى لا شأن له بنية وإما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء في ذاتها . ونستعرض لتطبيق هذه المبادئ حالتين : (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى ذمة المثرى . (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملاً أو إثراء سلبياً .

### ١ - الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى :

٨٠٥ - قد يكون الإثراء نقداً دخل في ذمة المثرى أو تحسنات استحدثها المفتقر في مال المثرى .

٨٠٦ - هل يجوز أن يكون الإثراء عينياً يبقى في ملكية المفتقر؟ أما أن يكون الإثراء عينياً معينة بالذات تبقى على ملك المفتقر ولا تدخل في ملك المثرى - كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء (١) - فلا نرى أن تكون نحالة من حالات الإثراء ، إذ العين لم تدخل في ملك المثرى ولم تخرج من ملك المفتقر . فليس هناك إثراء ولا افتقار . بل هي عين مملوكة لشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر ، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) أنظر فراى وجورويه ص ٣١٤ ومارافان ص ١٥٠ .

(٢) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن ملك الإثراء واقتقاراً ولكن دعوى الإثراء تجبها دعوى الاستحقاق ، فنحن لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (أنظر من أنصار الرأى الذى نقده فرانسوا جورويه ص ٣١٥ - ص ٣١٦) .



### ٨٠٧ - الإثراء بقدر دخل في ذمة المثرى : إذا كان الإثراء نقداً دخل في

ذمة المثرى ، كما إذا استل على مبلغ من النقود مملوك للمعتقر سواء كان كان في هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها . فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد ، وينظر فيه إلى قدره العددي ارتفاع سعر النقد أو انخفاضه . أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ما دام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب (١) . ويلاحظ أن المثرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد في غير منفعة .

### ٨٠٨ - الإثراء بتحسينات استعملها المفقّر في مال المثرى : تقدر قيمة

هذه التحسينات بما زاد في مال المثرى بسببها وقت الاستحداث ، لا بما أنفقه المفقّر في استحداثها لأن هذه هي قيمة الإفقار لا قيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات (٢) وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال (٣) وبناء طبقات جديدة (٤) .

### ب - الإثراء بمنفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سببي :

### ٨٠٩ - الإثراء بمنفعة : قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى

كما لو سكن منزلاً دون عقد لإيجار (٥) ، وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية (٦) . فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو

(١) أنظر في هذا المصحة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١٠ ص ٣٤٥ - محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

(٤) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٥٦ - ويشترط أن تكون التحسينات ضرورية أو ناعمة ولا يكتفى أن تكون كالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢) ، وأن تكون الصروفات أُنفقت على العين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

(٥) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ .

(٦) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٠ - وهذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستخلص من الأسلاك والمواسير ، والأولى أن يعتبر ما ألقاها بذاته استهلاكاً للمرى =

بشمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء . ولا عبء  
بأن يكون المثرى حسن النية أو سيئ . ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع  
الدعوى (١) .

٨١٠- **الاثراء غير مشروع أو عمل** : وقد يكون الإثراء خدمة أو عملاً قدمه  
المفتقر إلى المثرى . مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث حتى ، والموظف  
الفنى الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل . والسهم الذى يقرب ما بين  
البائع والمشتري ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته . ومهندس الذى  
يضع تصميماً ينتفع به رب العمل . ففي كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى  
عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل . فالنسابة جعل الوارث  
يثرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده  
أن يكشفه . ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف  
الفنى . وكل من البائع والمشتري يثرى بقدر ما عادت عليه الصفقة من فائدة .  
ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس  
من أجر على عمله . ولا ضرورة في كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء  
قائماً وقت رفع الدعوى .

٨١١- **الاثراء سلبى** : وقد يكون الإثراء سلبياً ، كما لو دفع شخص  
دينياً على آخر ، أو قدم النفقة لزوجته تجب لها النفقة على زوجها . أو أنلف  
متاعاً له لينتقد منزل جاره من الحريق . ففي هذه الأحوال يكون المدين قد  
أثرى بقدر الدين الذى دفعه عنه المفتقر . والزوج بقدر النفقة التى كانت  
واجبة عليه ، والجار بقدر ما أو شك من ماله أن يحترق (٢) . ولا عبء هنا

== فدخل في ذمته، فيكون مثل النور والماء مثل الإثراء لا عن طريق مفعة استهلك بل عن  
طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى .

(١) وفي هذه الأمثلة التى قدمناها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون  
بالضرورة قائماً وقت رفع الدعوى لأن المنفعة قد استهلك قبل ذلك .

(٢) وقد وضعت محكمة النقض الجزئية المختلطة في هذا المعنى بأن الدائن الذى حجز على  
مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة بيماً  
إدارياً للوه بصريه كانت في ذمته . ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبنى لها عمل إذا  
كان هذا الأحنى قد خصم مبلغاً يساوى المبلغ الذى انتفع به في سداد الضريبة من دين له في ذمة  
شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له (محكمة النقض الجزئية المختلطة في ١٢ أغسطس  
سنة ١٩٢٥ حازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى .

## ٢٤- كيف يقدر الافتقار

١- تقدير مدى الافتقار :

٨١٢- ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء . فإذا كان الافتقار نقداً فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء ، ذلك أن مقدار النقد الذى دخل فى ذمة المثرى هو عين مقدار النقد الذى خرج من مال المفتقر . ويكون التعويض هو هذا المبلغ وفوائده على النحو الذى يبناه عند ما يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى .

وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر . قدر مداه بما أنفقه المفتقر فى استحدثاتها ، ويعطى أقل القيمتين : ما أنفقه فى استحداث التحسينات وهذا هو مدى الافتقار ، وما زاد فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وهذا هو مدى الإثراء .

وإذا كان الافتقار منفعة أسهلها المثرى ، فيغلب أن يكون للافتقار والإثراء مدى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فيعطى المفتقر قيمة هذا الأجر تعويضاً .

وإذا كان الافتقار خدمة أو عملاً أداه المفتقر للمثرى ، فإن كان المفتقر محترفاً كالحامى والمنوظف الفنى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن محترفاً فإن افتقاره يقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المفتقر قد جاب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ب- وقت تقدير الافتقار :

٨١٣-بقى أمر هام هو الوقت الذى يقدر فيه الافتقار . ويجب القول هنا أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كما هو الأمر فى تقدير الإثراء ، ولا وقت

رفع الدعوى . بل وقت صدور الحكم . ذلك أن الافتقار في دعوى الإثراء يقابل الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية . وقد رأينا في المسؤولية التقصيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف . فإن العبرة في تقديره تكون بيوم صدور الحكم .

وحتى تقارب ما بين الافتقار في دعوى الإثراء والضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث تقدير كل منهما وقت صدور الحكم نفرض أن المفترق وهو يتخذ منزل جاره من الحريق أصيب بحروق هي مدى افتقاره ويراد تقويمها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت وانقلبت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم فلا شك في أن القاضى يدخل ذلك في حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الإصابة وأصبحت أقل خطراً حسب القاضى مدى الافتقار مراعيًا ما طرأ على الإصابة من تحسن . وهذا هو عين ما قدمناه في تقدير الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية .

ويمكن تحليل هذا الفرق في الوقت الذى يقدر فيه الافتقار والوقت الذى يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتى :

أن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره نهائياً وقت وقوعه . فهو يدخل في مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيحدد بذلك مقداره . ولذلك تكون العبرة في تقديره بوقت تحققه . والمثرى ، وقد أصبح مالاً له . يتحمل غرمه ويكسب غنمه ، في نقصه أو في زيادته . أما الافتقار فكالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديره نهائياً إلا وقت صدور الحكم . ذلك لأنه يخرج من مال المفترق على وجه غير محقق . ولا يستطاع أن يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المفترق ما دام الافتقار قابلاً للتغير إلا في الوقت الذى ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة . وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبنى الافتقار قابلاً للتغير . ولكن قوة الشيء المقضى هي التى تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته .

### ٣٥ - ما يقترن بالتعويض من ضمانات

#### ٨١٤ - التعويض دين شخصي لا امتياز له : إذا حدد التعويض

الواجب للمفتقر . وهو أقل قيمى الإثراء والافتقار . كان هذا ديناً له فى ذمة المثرى . وهو دين شخصى لا امتياز له . لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص فى القانون . فتحمل المفتقر فى مال المثرى مزاحمة سائر الدائنين حتى فى القيمة التى زادت فى مال المثرى بسبب افتقار المفتقر .

#### ٨١٥ - الحبس فى الحبس : وقد يثبت فى بعض الأحوال للمفتقر الحق فى

حبس مال المثرى حتى يستوفى حقه من التعويض . وذلك إذا كانت قيمة الإثراء التى أحدثها موضوعه فى حيازته . فله الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض الذى له عند المثرى تطبيقاً لنص المادة ٢٤٦ . مثل ذلك أن يستحدث المفتقر تحسينات فى أرض المثرى . فله أن يحبس الأرض حتى يستوفى حقه فى التعويض .

## الفصل الثانى

### دفع غير المستحق - الفضالة

#### ٨١٦ - صورته متميزتان من صور الإثراء بسبب : الإثراء بلا سبب

صورتان متميزتان عن سائر صورهما دفع غير المستحق والفضالة . أما أن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء فلأن المستحق هنا يدفع ديناً ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه ، فيرجع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء فى صورتها العادية ، أو يرجع على الدائن الذى دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هى الصورة المتميزة لدعوى الإثراء . ذلك أن الدائن الذى استوفى حقه قد أثرى بسبب قانونى هو الوفاء . ولما كان المستحق قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء لانهط ، فيزول السبب القانونى للإثراء ، ويصبح إثراء الدائن دون سبب . فيسترد المفسر منه ما دفعه . ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب ، ثم انتهى إلى

أن يكون بغير سبب (١) .

وأما أن الفضالة هي أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء . فذلك أن الفضولي وهو بفتقر ليُرى غيره قد فعل ذلك متفضلاً عن عمد . فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذي لا يتعمد هذا التفضل . ولهذا كانت حقوق الفضولي قبل المثري وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر في دعوى الإثراء . وتكلم الآن في كل من هاتين الصورتين .

## الفرع الأول

دفع غير المستحق (\*)

( Paiement de l'indû )

٨١٧ - قدمنا أن دفع غير المستحق يرتب للدافع في ذمة المدفوع له التزاماً برده ما أخذ دون حق . وتتناول هذا الالتزام في أركانه ثم في أحكامه .

## المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨ - التعريض القانوني : نصت المادة ١٨١ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

١ - كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده .

(١) أنظر محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١/١٤٠ ص ٣٤٠ - المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩ . وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ .

(\*) المراجع : دى هلنس الجزء الثاني Exécution — Paiement — هاتون الجزء الأول -

والتون الجزء الثاني - الدكتور عبد السلام ذهري في الالتزامات - الدكتور محمد وهبة في الالتزامات - الدكتور محمد صالح في أصول التمهيدات - الموجز في الالتزامات للمؤلف - الدكتور حشمت أبوسنت في نظرية الالتزام - بلانيول وريبي وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - أوبري وروا الطبعة الخامسة الجزء السادس - بلانيول وريبي وولانجيه الجزء الثاني - كرولان وكايتان الجزء الثاني - جوسريان الجزء الثاني .

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه . إلا أن يكون ناقص الأهلية . أو يكون قد أكره على هذا الوفاء .

ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتي :

«يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق» .

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتي :

١ - «بصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل» .

٢ - «على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل (١)» .

(١) تاريخ النصوص - ١٨٩٦: ورد هذا النص في المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» في آخر الفقرة الثانية، تحت رقم ١٨٦ . ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، بعد الاستعاضة عن كلمة «التسليم» بكلمة «الوفاء» في آخر الفقرة الثانية في هذه المادة وفي المواد التالية ، وأصبح رقم المادة ١٨١ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٦ - ص ٤٤٧) .

م ١٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» ، تحت رقم ١٨٧ - ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام» ، وأصبح رقم المادة ١٨٢ - ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨ - ص ٤٥٠) .

م ١٨٣ (أنظر تاريخ النص فيما يلي) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في الفقرة العامة لهذه النصوص ما يأتي : «وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلاً كافياً - - فحين طاق تطبيق القاعدة العامة ، وأفرد نصوماً خاصة برد غير المستحق في أحوال الوفاء من لا تترأس له الأهلية ، أو ممن يقع تحت سلطان إكراه ، وكذلك في أحوال الوفاء بالالتزام لم يتحقق سببه ، أو زال سببه بعد تحققه . وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين...» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

وبقابل هذه النصوص في القانون المدني القديم نص واحد هو نص المادتين ٢٠٦/١٤٥ ، ويقضى بما يأتي :

«من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده» .

وبتبيين من مجموع هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق :

(١) الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر (٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

ونبحث كلا من هاتين الحالتين ، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

## المطلب الأول

### حالتا دفع غير المستحق

#### ١٤ - الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٨١٩ - ركنانه : تقوم هذه الحالة على ركنين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال .

الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به :

٨٢٠ - أسباب منعه من استحقاق الدين : يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً في ذمته وقت الوفاء . ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية : (١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

٨٢١ - (١) الدين منعدم من الأصل : يكون الدين منعدمًا من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلاً في وقت من الأوقات . مثل ذلك وارث يدفع ديناً ظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين ، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته ، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه مسئولاً فدفع التعويض ثم انقضى



بعد ذلك أن أركان المسؤولية لم تتوافر (١).

كذلك يكون الدين منعداً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له . فهو منعدهم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع ، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه (٢) . وهو منعدهم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً في ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير الدائن .

ويكون الدين أخيراً منعداً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أيا كان سبب البطلان (٣) ، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل ديناً طبيعياً (obligation naturelle) لا جبر في تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢) .

## ٨٢٢ - (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لم يستحق :

وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق . ولكنه لم يستحق .

(١) هذا ما لم يكن المشوّل قد صالح المضرورة على مبلغ معين ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يترده ، حتى لو ظهر أن أركان المسؤولية لم تتوافر . ويعتبر الدين لا وجود له أصلاً إذا دفع الدين أكثر مما هو واجب عليه . فزاد على الدين يكون غير مستحق ( استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩ ) . ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلاً إذا قضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة ( استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٣٣٠ ) ، أو إقاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق ( محكمة استئناف مصر الوطنية في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المخامة ٢٤ رقم ٨١ ص ٢٠٨ ) .

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يترده مادفع ، ويكون دفعه للدين مبرئاً لذمة المدين ، وله أن يرجع عليه لآلى الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب ( استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥ ) .

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ..... إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذى أداه إطلافا : كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين فى عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩ ) .

أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أبطل العقد استرد ما دفعه ، وهذه هى إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهى حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق . وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية العقد للإبطال اعتبر الدفع إجازة للعقد ، فلا يجوز للمدين أن يترده مادفع .

وتقول المادة ١٨٢ في هذا الشأن إنه «يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لا التزام لم يتحقق سببه (١)». فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع . سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه . يكون دفعه دفعاً للدين لم يستحق . يستوى في ذلك كما قدمنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى في وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى في وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع ديناً مستحقاً ، وإذا تخلف الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية لدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلي .

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وتقول المادة ١٨٣ في هذا الشأن إنه «يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لا التزام لم يخل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل». فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً للدين لما يستحق ، أى للدين غير مستحق وقت الوفاء .

**٨٢٣ - (٣) الدين المستحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به :** وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع للمدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء ، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه . مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاء المورث ولم يعر الوارث على المحالصة فوفى الدين مرة أخرى (٢) ، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين ديناً معلقاً على شرط وافسخ أنه لم يتحقق (أنظر التفتين البنائي م ١٤٥ فقرة ١) . وتجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء في خلال فترة التملك قبل أن يعلم معبر الشرط (أنظر المادة ١٤٣٤ من التفتين التساوى والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التفتين البرازيل والمادة ٣٨٩ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

(٢) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض في ١١ أبريل سنة ١٩٣٠ بمجموعة عمر ١ ورقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ .

أو بالإبراء ووفاء المدين للدائن بالرغم من انقضائه . في جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى ، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق .

ب . الركن الثاني - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال :

## ٨٢٤ - عمل من أعمال الوفاء : يجب على الدافع أن تثبت أن الدين غير

مستحق على النحو الذي فصلناه فيما تقدم . وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء . وليس من الضروري أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً . بل يكفي أن يكون قد أعطى مقابلاً للوفاء (dation en paiement) ، أو أعطى إقراراً جديداً بالدين (١) (reconnaissance de dette) أو رتب تأمناً خاصاً لضمان الوفاء ، أو قاص الدين في دين له ، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة . وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، وبخاصة ما تعلق منها بنصب الإثبات بالكتابة أو بالينة (٢) .

(١) ومن أعمال الوفاء أن يحرق المدين لوائحه سنداً بدين ، ولا يدخل هذا السند في الحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين ، وهي الحاسبة التي يستوفى فيها الدائن حقه ، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المسار الذي يحصل على سند من عمله يبلغ يذكر له سبب صوري (أشغال معارية) ، وثبت أن السند قد حرر عن دين سمرة سبق أن استوفاه في الحاسبة النهائية ، يكون قد استوفى الدين مرتين ، وقالت في هذا الصدد : «ولما كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذي حرر به السند) لم يدخل في الحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمرة فيكون من حق المظنون عليها الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين . ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه الحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها في الأوراق ، بل هي الوقائع التي يسطرها المظنون عليها في مذكرتها شرعاً لحقيقة الحال ، وثبتت للحكمة صحتها فأقرتها ، وإن كانت قد خالفت المظنون عليها في التكيف القانوني لدعواهما ، إذ هما يعد أن سردتا الوقائع السابقة توهمتا أن هذه الوقائع تجعل السند سند جملة أو هكذا أرادتا أن تصفا ، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التي اقتصت بصحتها الوصف القانوني الصحيح وهو رد ما نفي بغير حق ، وأقامت قضاءها على هذا الأساس ، وهو أمر لا سبيل للنقض عليه . (هض في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ في المظن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة وهو لم ينشر بعد) .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ويقضى لعمل أن يكون من واحد من يدعى أداء ما يمكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما =

٨٢٥ - عيب يشوب الوفاء فيجهد فابطله بطلان : فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذي بيناه . فالمفروض أنه دفع عن غلط (١) وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف . فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص ديناً غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفاءه . ونرى من ذلك أن الغلط . وهو عيب الذى يشوب الوفاء عادة . مفروض لا يكلف الدافع إثباته (٢).

= قيامه بوفاء تلحق به سفة التصرف القانونى ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات الصرة القانونية ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة . وقد نصت المادتان ٧٩/٧٤ من التقنين التوسى والمراكشى على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة الدعة منه تنزل جميعاً منزلة الوفاء . وقد قصد المشروع من عموم العبارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهاها ، واستهل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ، دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به . أما الأمر الثانى فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذاته . . . . . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

(١) الغلط هنا هو الغلط الذى يجب الإرادة بشروطه المعروفة . ويستوى أن يكون غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون . ولا يعتبر الغلط في تشريع مهم ، ترددت المحاكم في تفسيره واختلاف ، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعاً لدى القضاء (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦) . وكذلك الغلط في تفسير نظام شركة لا يكون سبباً للاسترداد إذا كان هذا التفسير ملماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مختلط في ١١ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧) .

وكالغلط التدليس ، فإذا تواطأ الدائن مع الدين ، وتقدم في التوزيع بمبلغ أكبر من حقه ، وتنازل الدين عن المعارضة ، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاغل الدين الزيادة ، فإن الدائنين المتأخرين في المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(٢) كان القضاء المصرى ، في ظل القانون القديم ، يقضى بأن الدافع هو الذى يكلف إثبات أنه كان في غلط عندما دفع (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ - وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . ولكنه كان يتساهل في استخلاص فرائض قضائية - تقبل بداهة إثبات العكس - على أن الدافع كان في غلط . فالوفاء الحاصل من أحد أطراف الدين وهو مجهل مضمون الحكم الذى قضى بالدين وليست لديه وسيلة للتثبت من أن =

ولسكن هذه القرينة القابلية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس .  
 فيجوز للمدفع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع  
 أنه لم يكن ملزماً بما دفع . فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قاطعة أخرى . هي  
 الآن في مصلحة المدفع له ، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق ، إنما  
 أراد به الدافع أمراً ألا يجيز له استرداد ما دفع . فقد يدفع ديناً واجباً على غيره  
 فضالة أو تبرعاً . فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى  
 الفصول على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان  
 قد دفع تبرعاً . وقد يدفع ديناً طبعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام ، فلا

= البلغ الذي يطالب به الدائن هو بقدر الدين ، يفرس فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع  
يزيد على الدين (استثناء مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . والوفاء  
الحاصل من الدين على طريقه لم يرض بها إلا بعد أن أكد له الدائن تأكيداً قاطعاً أن هذه الطريقة  
هي وحدها الصحيحة قانوناً لا يتبر تفسيراً للعقد متفقاً عليه ، بل يعتبر أنه قد وقع عن غلط  
(حكم مصر السككية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص ٢٧٣) .  
 كما كان القضاء يتساهل في استغلال قرائن قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة . فقيام  
 أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه في الحسارة يتضمن إقرار هذا  
 الشريك بوقوع هذه الحسارة ، فعليه هو ، إذا أراد استرداد ما دفع ، أن يثبت أنه دفع عن  
 غلط ما ليس مستحقاً عليه (استثناء مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) —  
 وقد وصل القضاء المصري في النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفع له ، فنفى  
 بأنه إذا دفع للمدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه ، لأنه إذا كانت إحدى هاتين  
 المرتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح ، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب ، ومن ثم  
 لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أي تصرف قانوني  
 آخر ، وهذا ما يجب على المدفع له أن يثبته (استثناء مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨  
 م ٥٠ ص ٢٣٣ — أنظر أيضاً استثناء مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) .  
 وقد حم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط ،  
 وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى .

ولسكن الحاكم المصرية كانت تقضى على كل حال ، في ظل القانون القديم ، بأن دفع غير  
 المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استثناء مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٥  
 م ٧ ص ٢٦٦ — وفي ٢٠ يولية سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — وفي ٣١ ديسمبر  
 سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ — وفي ٢٨ فبراير  
 سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٣ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) .

هذا ويلاحظ أنه إذا اشترط في الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد  
 ما دفع ، فليس من الضروري أن يكون المدفع له قد قبض غير المستحق عن غلط ، فقد يكون  
 سوء النية كما يكون حسن النية ، وفي الحالتين يرد ما أخذ دون حق على تفصيل سنعرض  
 له فيما يلي .

يسرد ما اداه باختياره (م ٢٠١) . وقد يريد بالدفع أن يجوز عقداً قابلاً للإبطال ، فيقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له . وقد يدفع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يجعل الوفاء متنازلاً عن الأجل . فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشيء على المدفوع له (١) . وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين :

(أولاً) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع : وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسرد ما دفع ، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذي دفعه لم يكن مرتباً في ذمته (٢) .

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طوّل به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة ، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله ، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة ، ففي هذه الحالة يستطيع أن يسرد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق (٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ما عليه من الضرائب ، ثم

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلاً وهو على بينة من الأمر — كما إذا دفع وصية عدل عنها للموصى أو ديناً مطلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة بائلة لأنها لم تفرغ في ورقة رسمية — فقد يريد بذلك أن يتبرع للمدفع له بما دفع مستقداً أن هذا واجب أدبي قد ترتب في ذمته ، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطيبي فلا يسرد ما أداه من ذلك باختياره .

وقد يكون الدين الذي أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالبطال ، كما إذا دفع دين قدر أو فوائد ربوية ، فيستطيع في هذه الحالة أن يسرد ما دفع بالرغم من علمه بالبطال ، لأن هذا الحل هو الذي يقتضيه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ فقرة ١ وهي تميز استرداد القوائد الربوية وم ٧٣٩ فقرة ٢ وهي تميز استرداد دين الفاسدة والرهان) .

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مرتباً في ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحاً مرتباً في ذمته إذا لم يلحق به ضرر ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٥ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالتسليم للتحقق ممن ليس أهلاً محصور فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق بالوفاء ضرراً بالحق » .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم في مخالفة ، وهذه النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه ، فإن هذا الأخير يجوز له ، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه ، أن يسرد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على =

طوبل بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله . فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق ، فيجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع (١) .

— الأجرة المعتادة لهذه الأعمال ، وخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفصيل عن الأعمال المطلوبة لتنفيذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٥ — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمعالم المختلطة ٤ ص ٢٥٢ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٣ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلاً عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك » (نقض في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشيء القضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة . على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشيء القضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير في الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق في أن تسترد ما دفعت دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٨ — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا أقام المدعى هذا الدليل (على أنه وفي ديناً غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نص القنن الأسباني على ذلك صراحة ، فقرر في المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ في الوفاء إذا سلم المالم يستحق أصلاً أو ماسبق أدائه . ويضيف النص إلى ذلك : ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مشروع آخر . والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ في الوفاء . فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن نيته من الموفى ، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه : كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى » . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٩ — ص ٤٥٠) .

## ٢٩- الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

**٨٢٦- ركناؤه:** تختلف هذه الحالة عن الحالة التي سقتها في أن الدين الذي دفع في الحالة السابقة لم يكن مستحقاً في ذمة الدافع وقد وفد هنا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية ، أما الدين الذي وفده الدافع في الحالة التي نحن بصددناها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع . ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة في الأخرى على ركبتين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به .  
١ . الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء :

**٨٢٧-** هذا هو عكس ماقررناه في الحالة السابقة ، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء . أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بعقد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال . فما دام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، وما دام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله . فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون ديناً مستحق الأداء . ويلزم المدين بالوفاء به .  
وسواء وفي المدين الدين اختياراً أو إجباراً فإن وفاءه صحيح . ولا يشوب الوفاء هنا مايشوبه في الحالة السابقة من عيب . إذ الدين صحيح وواجب الأداء ، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرئ للذمة .  
ب . الركن الثاني - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به :

**٨٢٨-** وما دام الدين صحيحاً واجب الأداء . وقد وفى به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولكن الذي يحدث في هذه الحالة ، فيفتح السبيل إلى الاسترداد . هو أن السبب الذي كان مصدراً لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذي كان الالتزام معلقاً عليه ، أو يفسخ العقد الذي كان قابلاً للفسخ . أو يبطل العقد الذي كان قابلاً للإبطال . ففي هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذي وفى به المدين ، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به . قد زال سببه فأصبح غير مستحق . ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفى ديناً غير مستحق



فيجوز له اسر داده (١).

ونورد أمثلة على ما قدمناه :

شخص يشتري عيناً تحت شرط فاسخ ، ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط . هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق .

مشتري يدفع ثمن ما اشتراه ، ولكن المبيع يستحق في يده ، فيفسخ البيع . هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويسترد من البائع ما دفع . وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض في الصورة العملية الآتية : عقار مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزايد الثمن للدائنين المرتهنين وقاء لحقوقهم ، ثم يستحق العقار في يد الراسي عليه المزايد ويتزعه منه المالك الحقيقي . لا شك في أن الراسي عليه المزايد في هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه - وهو البائع - بضمان الاستحقاق . ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم ما دفعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق ؟ تردد للقضاء الفرنسي في ذلك ، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين (٢) . ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع في المزايد قد انفسخ باستحقاق المبيع ، فأصبح الراسي عليه المزايد غير مدين بالثمن ، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وفاهم ديونهم ، فيرجع عليهم بما دفع . ويتبين من ذلك أن الراسي عليه المزايد يكون في هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو للرجوع

(١) وإذا كان لا بد من القول في هذه الحالة بأن هناك غلطاً في جانب الدافع وهو يدفع الدين ، فمن الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتي : أن الدافع وقت أن دفع الدين الملحق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بقدر قابل للفسخ أو قابل للأبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ سيحقق أو أن العقد قابل للفسخ أو للأبطال . ويترب على ذلك أنه لو دفع ديناً مطلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق ، أو ديناً واجباً بقدر قابل للفسخ وهو عالم بقيام سبب الفسخ ، حل ذلك منه على أنه يبق بالتزام طبعي أو على أنه متبرع . وإذا دفع ديناً واجباً بقدر قابل للأبطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه الدين إجازة للعقد .

(٢) محكمة استئناف ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سريه ١٨٤٢ - ٢ - ١٦٨ - محكمة استئناف ريو في ٢٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ١٣٦ - محكمة استئناف الجزائر في ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سريه ١٨٨٤ - ٢ - ١٧ .

بإسرداد المدفوع بغير حق على الدائنين (١) . وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء في مصر (٢) .

قاصر اشترى من \* ودفع ثمنه للمبايع . العقد هنا قابل للإبطال . فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن . وكان له هنا أيضاً أن يسرد ما دفع .

## المطلب الثاني

### تكيف الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩- تحليل مائتي دفع غير المستحق وردهما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب:

قدمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب .

(١) أنظر في هذا المعنى لارومبيير م ١٣٧٧ فقرة ١٧ - ديغولوم ٣١ فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٣٧ - ديموج ٣ فقرة ٩٥ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٨ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفي هذه القضية كان الدافع حائراً للعقار ووفى الدائن الرهن . ثم تزعت ملكية العقار فرسا عليه الزاد ، فيكون قد وفى الدائن الرهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق ) . وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ .

وقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان الدينون أخوة ثلاثة ، ووقع خطأ في قاعمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم ، ولم يدرج إلا دائنو هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن ، كان على هؤلاء الدائنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائني الأخ الثالث (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا دفع الدين الحال عليه عن غلط كل الدين إلى الحال له ، بالرغم من وجود حجوز تحت يده ، كان له أن يسرد من الحال له ما أخذه هذا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣) . وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشتري وقت توقيع العقد الابتدائي قطاً من الثمن لدائنين مرتين ، ثم تزعت هذا الدائن ملكية العقار المبيع فاستولوا على حقه ، جاز للمشتري أن يسرد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . أنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ - وأنظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج في كشف التوزيع لا يجوز أن يسرد منه ما أخذه بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة في إدراجه في كشف التوزيع وذات مواعيد الطعن (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ - أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) ، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ - ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

ونحل الآن كلا من حالتيه لتبين ذلك في وضوح .

فالحالة الأولى ، وهي حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تنطوي على عمل من أعمال الوفاء قد شابه غيب يجعله قابلاً للإبطال . فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط - وكالغلط التدليس - أو عن إكراه ، وإما أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء عملاً قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذي شابه . وللدافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيترى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء (١) .

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . ففيها يبقى الدافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقيق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله . فالوفاء الذي كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد . ومن ثم يبطل الوفاء . ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيترى المدفوع له ، هنا أيضاً . دون سبب على حساب الدافع ، ويسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل في الحالتين كعمل قانوني ، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية ، هي الواقعة التي ترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع ، ومن ثم فهي الواقعة التي تنشأ الالتزام ببرد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق ، على ما رأينا ، صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تعدل قيمة الإثراء . فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . فالواقعة بدين بدين تصرف قانوني يجب أن يتجمع له الشروط الواجب توافرها في سائر التصرفات القانونية . فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء . فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح . ويترى من تسليم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب ، ويصبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٤) .

بهذه القيمة ذاتها . ومن ثم يسرد المدفع . دفع (١) . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له نقص الأهلية . فينظر إلى القيمة التي انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التي أحدها . فلا يرد إلا التضرر الذي انتفع به (م ١٨٦) . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

### ٨٣٠ - التمييز بين دعين في الذمة وعين معينة بالذات : ويمكن التمييز .

في دفع غير المستحق . بين ما إذا كانت القيمة التي نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً في الذمة أو عيناً معينة بالذات . ففي الأمثلة التي سقناها فيما تقدم كانت القيمة المتقولة ديناً في الذمة : فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هي دعوى استرداد المدفوع بغير حق . أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً يباعه صاحبه وسلمه للمشتري ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن : فإن العقار يفسخ البيع تعود ملكيته للبائع . إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً في الذمة ومن ثم يكون للدافع في هذه الحالة . إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهي دعوى شخصية . دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق (٢) .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « بارم من ينسلم غير المستحق يريد ما يؤدي إليه . وليس ترتيب هذا الالتزام إلا طلباً للقواعد العامة في الإثراء . فما لا ريب فيه أن من قبض غير المستحق يترى دون سبب ما دام ذلك من أدى مدفع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغي ردها هي مقدار الباع الذي سلمه بغير حق . ومع ذلك فليس على محل المفاضلة بين قيم شئ ، إذ الأمر ينحصر في قيمة واحدة . فالبايع الذي يدفع بغير حق يملك ما أقرى به المدين وما نقص من مال الدائن في آن واحد . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩ ) .

(٢) قارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩ ) . وقد يجوز التفرقة بين بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق . فزاعى أن الإثراء بلا سبب يستلزم تحول ما يترى به المدين في ذمته المالية ، ولا يلزم بالرد إلا بتنقضي التزام شخصي . وعلى القيس من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدي دون حق إلى المدين ونحوه في ذمته . ذلك أن هذا الوقت ، وهو قابل لإعلان بحكم المال ، لا يكون من شأنه نقل الملك . ولدين يترجم برده ما ينبغي علينا لا بتنقضي التزام شخصي ، بل بتنقضي استحقاق الغير له . على أن هذا المبدأ الفقهي البحث لا يخلو دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق طلباً لقاعدة الإثراء بلا سبب من =

## المبحث الثاني

### أحكام دفع غير المستحق

٨٣١- دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هى دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض فى هذه الدعوى من يكون المدعى ، ومن يكون المدعى عليه . وما الذى يطالب به المدعى المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى فى بعض الحالات الخاصة .

### المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

١- المدعى :

٨٣٢- المدعى فى هذه الدعوى هو الدائن الذى يسترد ما دفع دون حق . والدائن هو من حصل الدفع من ماله (١) لأنه هو الذى افتقر . ويغلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلاً ، فيفترض أنه دفع من ماله . وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع . فإن كان قد دفع من مال الأصل فالأصل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصل أنه يدفع من مال الأصل لا من ماله هو .

وقد يكون النائب - الوصى أو القيم أو ناظر الوقف ألخ - هو الذى تولى الدفع عن الأصل . وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى فصلناه . وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين الذى فى ذمة المكفول . كان هو

= حيث مضمون الفكرة بوجه عام . ومن المعقوف أن من ينسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة ، دون أن يكون هناك عمل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها ، وما إذا كان ما سلم من القيميات أو الثلايات .

(١) استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٤٩ .

الدائن بقدر الزيادة .

ويجوز للدائني الدائن أن يستعملوا حقه فيطلبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لتواعد الدعوى غير المباشرة . ويجوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذي آل إليهم بالميراث (١) .

ب - المدعى عليه :

**٨٣٣-** والمدعى عليه . أى المدين في دعوى غير المستحق . هو المدفوع له بغير حق ، حتى لو كان الدفع لوكيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .

وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذى سنبينه فيما يلى (٢) .

### المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

**٨٣٤-** النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٥ من القانون المدنى الجديد

على ما يأتى :

« ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا

ما تسلم » .

(١) وقد يدفع مدين الدين لغير دائئه ، فبمقتضى الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له ، وبمقتضى الدائن الحقيقى أن يرجع بمقتضى على هذا المدين . ولكن هل يجوز ، تجنباً لتعدد الرجوع ، أن نجعل الدائن الحقيقى يرجع مباشرة على المدفوع له ؟ لأنرى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقى على المدفوع له بدعوى غير المستحق أن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كإرباءه ، ولا بدعوى إرباءه لأنه لم يفقر إذ أن حقه لا يزال باقياً فى ذمة المدين . ولكن يستطيع استعمال حق مدينه فى الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى الضمانة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحة فقيل الدفع نيابة عنه . (انظر فى هذه المسألة دمج ٣ ص ٩٩ - بلانول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٢) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين ، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن ، ودعوى الإرباء لا سبب على المدين الحقيقى . ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقى بدعوى غير المستحق وفقاً لتواعد التى نراها .

٢٠ - أما إذا كان سىء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيتها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سىء النية .

٣٠ - وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والفوائد من يوم رفع الدعوى (١) .

وبتين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سىء النية . وهذا التمييز جوهرى في تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له . فنستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

## § ١ - المدفوع له حسن النية

٨٣٥ - حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له . والفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته . والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سىء النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سىء النية بعد ذلك . ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات ، ولو بالبيئة والقرائن ، لأن سوء النية واقعة مادية .

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى بيناه ، فلما أن يكون قد تسلم نقوداً أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات . ويختلف الحكم في كل من الحالتين .

(١) وكان النص في القانون المدنى القديم على الوجه الآتى : « فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسؤولاً عن فقده وملزماً بفوائده وربيحه » (م ٢٠٧/١٤٦ قديم) . وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم . تاريخ النص الجديد : ورد هذا النص في المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدي مع خلافاً لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة ، وأصبح رقم المادة ١٩٠ في المشروع التمهائى . وفي مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٨٥ . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٥٧ - ص ٤٦١) .

## ١ - المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية :

٨٣٦- إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية - غللاً أو أقطاناً أو

نحو ذلك - فإنه يدخل ديناً في ذمة المدفوع له ، ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق ، ويرد مقدار النقد الذي تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد ، أو يرد التدر الذي أخذ من الأشياء المثلية (١) .

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيء النية ومن وقت أن أصبح كذلك . وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون حق (٢) .

(١) ويجوز ، طبقاً للمادة ٢٠٥ من القانون المدني الجديد ، أن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على ثقة الدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التمويض . هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد ، ودفعت غلطاً فوائد هذه السندات بعد استهلاكها ، فإن لها أن تسترد الفوائد التي دفعتها دون حق أو أن تحمل ما دفعت من الفوائد قصاصاً في بعض رأس مال السندات التي استهلكتها . ولكن صدر قانون في فرنسا في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضى بأن الشركة لا تسترد في هذه الحالة الفوائد التي دفعتها ، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كاملاً . ويبررون هذا الحكم في فرنسا بخطأ الفكرة في الاستمرار على دفع فوائد السندات بعد استهلاكها ، وبأن هذه الفوائد تعادل ربع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (أنظر بلانويول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٤٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بشرات الشيء الذي سلم فتم عمل للتفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يملك الثمرات ما دام حسن النية وفقاً للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) .

هذا والمطالبة القضائية برد الشيء غير المستحق إذا كان قدما توجب دفع الفوائد القانونية (٤٠٪ في المسائل المدنية و ٥٠٪ في المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد في صحيفة الدعوى (م ٢٢٦) ، وتوجب رد الثمرات أو التمويض بحسب ما يقدر الدائن من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً .

أنظر في الموضوع استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ حازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص ١٢٧ - دي هلتس تحت لفظ Ex-paiement فقرة ١٦٦ وما بعدها - بلذكور عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٦٨٨ .



## ب - المدفوع عين معينة بالذات :

٨٣٧- رد العين: وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات - سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلاً - فقد رأينا فيما قدمناه أن ملكية العين تعود إلى الدافع. وله في استرداد العين دعوى، ودعوى عينية هي دعوى الاستحقاق، ودعوى شخصية هي دعوى غير المستحق. ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهي وحدها محل البحث هنا.

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص في هذا الموضوع حذفت في لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات (٢)، فجاء المشروع الباني خلوها عنها. على أن الأحكام التي تضمنتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات. وهذه القواعد تجعلها مقررة في نصوص أخرى تبين متى ينملك الحائز الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩) . وكيف يسترد المصروفات (م ٩٨٠ - ٩٨٢) . وتحدد مسؤوليته عن الهلاك والتلف (م ٩٨٣ - ٩٨٤) . ولما كان المدفوع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين : فإن النصوص المتقدمة الذكر هي التي تنطبق على حاله . لذلك نستعين في تفصيل ما نحن في صلبه بهذه النصوص التي تقرر القواعد العامة وبالنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى .

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة كما أسلفنا القول - على أن وكل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً ما دام قائماً . وليس هنا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فالمدفوع له بعين معينة بالذات يتزم بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصي هو رد غير المستحق . والمفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفوع له . لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى . وقبل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى ، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات .

٨٣٨- رد الثمار واسترداد المصروفات: أما الثمار فإن المدفوع له حسن

النية يكسبها بالتبض إلى يوم رفع الدعوى . نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ إلى حين ذكرها ، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقرر القاطعة العامة في هذه المسألة ، وقد جرت بما يأتي : ١ - يكسب الخائر ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستخلصة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (١) . ومن

(١) وقد يقبض المتحقق في الوقت نصيبه في الفلة ، ثم يتبين أنه غير مستحق في الوقت أو أنه قبض أكثر من نصيبه ، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع المسمى) في هذه الحالة عتياً مدفوعة دون حق ، ويجب على المدفوع له ردها ، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقت التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالتبض . وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في وضوح على الوجه الآتي : « إن تطبيق المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضي حتماً التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته ، فإن اسلك حكماً ، إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان آخذ الشيء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إياه ولم بسلامة نية دون علمه بدم استحقاقه له فلا رد للثمرة . فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً في وقت ، وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد ، ويستفاد منه ناظر الوقت وباقى المستحقين اعتقاداً ثم جعاً سلبوا النية فيه ، واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقت ، حتى جاء بكر فادعى الاستحقاق ودونه وحصل على حكم شرعى نهائى لمصلحته ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقت في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الفلة ، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق ، ذلك الحق المسمى الذي كان واضحاً يده عليه بواسطة ناظر الوقت ، وأن المال الذي كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق المسمى الذي أخذه بدون وجه حق . وإذن فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقت أى حق الانتفاع المسمى (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تنفيذاً للحكم الشرعى . أما الثمرة وهي الربح الذي كان يقبضه فقير واجب ردها ما دام أخذه لأصل الحق التسع لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية » (خس في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) .

وعلى أساس أن المتحقق في الوقت لا يلزم برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سوء النية ينبغي أن يفهم الحكم الآتي الصادر هو أيضاً من محكمة النقض : « الزام المتحقق في الوقت برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني (م ١٨١ جديد) ، فالحكم الذي يلزمه بالرد متناً من إثرائه على حساب الغير (والأول أن يقال رداً لما أخذ دون حق) لا مخالفة فيه للقانون . ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدنى (م ٢٠١ جديد) إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها » (قضى ١٣ برينة سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١) .

ثم نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثأر سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان نقوداً أو أشياء مثلية (١) .

مع ذلك أنظر الحكم الآتي وقد صدر أيضاً من محكمة النقض : « إذا كان الوقف صادراً على ذرية الواقف ، وبرهن أحد على أنه من الذرية وأثبت استحقاقه ، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً بالنسب ، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحصته في السنين الماضية على من قبضه من المستحقين . أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب ، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره ، كما إذا وقع على أولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله ، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المستهلكة لأن القضاء يكون شيئاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاختصار في شرط الواقف ، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا » (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦ ص ١٢٦) . ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة في استرداد الغلة الماضية بكون الحكم مظهراً لا شيئاً . والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة ، فإن كان سيء النية فإنه يرد ما استولى عليه ، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة .

أنظر أيضاً في هذه المسألة محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤/١٤٠ ص ٣٤٠ — وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦ . ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩ .

(١) هذا وتقدير ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واقع لرقابة لمحكمة النقض عليها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على الثأر مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحقن المطلق في تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشتري من ريع الأرض التي اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك » (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣) . وقضت أيضاً بما يأتي : « إن نمرت حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى . فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان قضاؤها شيئاً على مقدمات من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بمحجج الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه المحجج وعلى وضع بدعها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناطقة دون أن تستصير بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض » (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦) .

فمن ثمة أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثأر بقضها إلى يوم رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بما يأتي : « لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى ، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقع ما =

وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين ، فهذه نرى

== له من ربحها ولكن بقدر ما فأت صاحب العين من ربحه (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢  
المحاكمة رقم ٣/١١/٢٧) - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢  
الحقوق رقم ١٨ ص ١٧٩ - المجموعة الرسمية رقم ٤/٧١ ص ١٦٥ - وفي ٢١ فبراير سنة  
١٩١١ المجموعة الرسمية رقم ٧٠ ص ١٣٠ - وفي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الصرائع رقم  
٢٩ ص ٨٣ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية رقم ٤٠ ص ٧٠ - انضمام  
رقم ٨١ ص ٢٥٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاكمة رقم ٨/٤٧٧ ص ٧٨٤ - وفي  
١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاكمة رقم ٨/١٣١ ص ١٧٨ : وقد قضى هذا المحكم الأخير  
بأن وضع يد الورثة على العقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لورثتهم يمنع من مطالبتهم بالربح عن  
الدة السابقة على تكليفهم - وانظر أيضاً محكمة مصر السككية الوطنية في ٢٥ يونية سنة  
١٨٩٤ الحقوق رقم ٩ ص ١٨٩ - محكمة طنطا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الحقوق رقم ٢٩ ص ١٣٢  
- محكمة مصر السككية الوطنية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق رقم ٣١ ص ٢٧٨ . وقد  
قضت محكمة طنطا بأنه « إذا دلت ظروف الدعوى على وجود النامع العائلي بين الوالد  
وولده والاختلاط في المعاش والأرزاق كان الوالد حسن النية في وضع يده على أملاك ابنه وأخذ  
غلته ، ولا ينبغي منه رد ما أخذه ، وإنما يتبدى اعتباره سيء الية وطعنا بالرد من وقت أن  
رفع ولده دعوى صده بخالته فيها بالملكية والتسليم » (طنطا : مارس سنة ١٩٢٤ المحاكمة رقم  
٤١٩ ص ٥١٤) .

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سيء الية وينبغي عليه رد الثار ، والقرينة هنا  
قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى . وقد  
قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « مجرد الإنذار لواقع اليد من المالك الحقيقي بتسليم العقار  
الذي تحت يده لا يكفي في اعتباره سيء النية ، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم  
الدليل على أن ما قام به من الإنذار لحظه كان كافياً لتغيير حاله النفسية واعتقاده عدم أحقيته  
في وضع يده - ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضع اليد برد الربح  
من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث في حسن أو سوء نية واضع اليد المترتب  
على رفع الدعوى » (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاكمة رقم ٨/٤٧٧ ص ٧٨٤ -  
انظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية رقم ٣٩ ص ١/٣٧) -  
وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً في هذا المعنى بأنه « من المبادئ المقررة قانوناً أن حسن  
النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه باليب الذي يلحق بوضع يده ، وأن هذا العيب يعتبر  
موجوداً ، وواضع اليد عالماً به من يوم رفع الدعوى عليه . فإذا كانت دعوى الملكية من  
شأنها أن تنبه واضع اليد على أن العيب الذي يلحق بوضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة  
به الدعوى بل إن العيب شامل لجميع العين الواضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من  
أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بملك الجزء في حين أن الحق  
واحد ودليل الملكية هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة . وعلم واضع اليد  
بالعيب الذي يلحق بوضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ويجعله مشغولاً عن عمرة العين كسباً  
من تاريخ هذا العلم » (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية رقم ٣٣ ص ١١٩ =

حكمها صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وهي تنص على ما يأتي : ١ - على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية .

٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ .

٣ - فإذا كانت المصروفات كإثبات فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ،

٢٢٨ ( ص ٥٦٣ ) . أنظر أيضاً استئناف مصر ٩ يولية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٧ ص ٥٦٣ .

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه « ليس من الضروري لشئلي واضح اليد على عقار بحسن نية عن القلة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سيء النية بعد رفع الدعوى ، بل يكفي لذلك أن يظهر فيما بعد بقتضى حكم نهائي أن منازعه بملك الأرض من قبل أن يملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر لحق لا منتهى له ، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتعلق بالبيع إلى وقت رفع الدعوى . ولشكل من كان واضحاً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه ، وإنما يلزم واضح اليد في جميع الأحوال برد الربيع من يوم رفع الدعوى باستعطاء العقار عليه إذا حكم عليه فيها ، وذلك لأن حقوق النفاذين تعتبر معلقة وموقوفة في مجرمة التقاضي » ( استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥ ) . وانظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - وفي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٨٧ ص ١١٥٦ .

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يخلو من بعض التردد في تقرير المبدأ القاضي بأن التاجر ترد من يوم رفع الدعوى . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ ( المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥ ) بأنه « من المتفق عليه علماً وعملاً أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وإذا ثبت حسن نية المحص في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه ييطان عقده ، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى » . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ ( المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ ص ٦٣٦ ) بأنه « وإن كانت أغلب أحكام القضاء قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضح اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى » .

وغنى عن البيان أن القانون المدني الجديد ( م ١٨٥ فقرة ٣ ) قطع كل شك في هذه المسألة بأن أقام قرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس على سوء نية من تعلم غير المستحق من يوم رفع الدعوى . ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسبوط ( ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤/٢٢٤ ص ٦٧٢ ) إن سوء نية واضح اليد الثابت بصدور حكم نهائي إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام المقررة لحقوق لا منشئة لها .

ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وترى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أنفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع . وإذا كانت المصروفات نافعة - والمفروض أنه حسن النية - خير الدافع بين أن يدفع ما أنفق المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (١) ، هذا ما لم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥) . وإذا كانت المصروفات كإلالية ، فليس للمدفع له أن يرجع على الدافع بشيء في شأنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أنه يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٢) .

**٨٣٩ - مائة ههـ ملك العين أو تلفها أو ضاعها :** وننتقل الآن إلى حالهما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له . تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدي - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتي : « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سئء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . وتنص المادة ٩٨٣ ، وهي التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، على ما يأتي : ١٥ - إذا كان الحائر حسن النية وانقطع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو مازم برد الشيء إليه عن أى تعويض

(١) وهذا الحكم هو تطبيق عنى لدعوى الإبراء ، فإن الدافع ، وهو المئزى ، برد أقل قيمة الإبراء والافتقار للمدفع له ، وهو المفقتر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) هذا وقد منح القانون المدني الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات للمدفع له تسهيلات خاصة في الدفع . فنصت المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يخفى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . والمالك أن يتخلل من هذا الالتزام إذا هو عاجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط محصوراً منها فواتيدها بالمر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

يسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائر مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف .

ويتبين من مفهوم المخالفة في المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص في المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى - وفقاً لما يحسبه من حقه - وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأقراض منزل فى بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها (١) . وللدافع فى جميع الأحوال أن يسرد الشيء التالف فى الصورة التى آلت إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا .

#### ٨٤٠ - التفرع العيني من المدفوع له إلى برأى آخرى : أما إذا كانت

العين قد خرجت من يد المدفوع له ، إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى - وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى :  
« ١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . وإذا أغفلنا

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه « لا يجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنية سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له لأثره فلا وقت رفع الدعوى ، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الأثره بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر ، فإذا فقد الشيء بغير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك لأثره ولم يكن هناك موجب للرد » (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠/٣ من ٣٤٠ - المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ من ٩٨٩) .

من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقي منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذ تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض . فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به (١) . وإذا تصرف في العين تبرعاً لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع .

هذا في العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له . أما في العلاقة ما بين الدافع والغير الذي انتقلت إليه العين . فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له ، سواء كان معاوضة أو تبرعاً ، هو نصرف من غير مالئ . فلا يسرى في حق المالك - أي الدافع - ويستطيع هذا أن يسترد العين باعتباره مالئاً وبدعوى عينية هي دعوى الاستحقاق . هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر ، كاللحاق في العقار أو الحيازة بحسن نية في المقول . فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قدمنا . أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً ، فإن الدافع لها أيضاً لا يرجع بشيء على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع . وقد مر ذكر ذلك . ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى ، إذ هي إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمثلياً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التي كانت تنص على أنه «إذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى» . وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة ، ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى ، فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد . ونستخلص من ذلك ، في العلاقة ما بين الدافع والغير ، أن الدافع يسترد العين

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «الأثر القانوني المترتب على الحكم بقول دعوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التي حصلت في ماله ، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بمحادث قهرى ، أو ثمة أدى قبضه فعلاً في حالة ما إذا كان قد تصرف فيه بحسن نية ، كل ذلك من غير مطالبة بتعويض ماله (استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجمعية الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ ص ٧٩) . انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م - ٩ ص ٥١٦ .



من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالانقادم أو الحيازة ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء في هذه الحالة ، سواء في ذلك تلقى الغير العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً (١) .

## ٢٨ - المدفوع له سىء النية

٨٤١- إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سىء النية ، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشيء أو بعد ذلك أن الشيء غير مستحق له ، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات .  
١- المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية :

٨٤٢- يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه ، ويعوض عن غير سعر النقد لأنه سىء النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالمثل الذى أخذ على النحو الذى يبينه في حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية . أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سىء النية . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ : « أما إذا كان سىء النية فإنه يلزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنبها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية (٢) » .

(١) سنورد في مكان آخر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه النصوص المحذوفة .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما سىء النية فيلزم على تمييز ذلك برد الفوائد أو الأرباح التى حصل عليها أو كان بوسمه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذى أصبح فيه سىء النية . وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن المأثر سىء النية لا يكون له حق فى الثمرات . وراعى فى الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المتبوس مملوفاً من النقود فيلزم من قبضه برد الفوائد محسبة على أساس السعر المقرر فى القانون حتى قبل رفع الدعوى . وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التى ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) . أنظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ - وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٣ - وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التى أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه لا مخالفة للقانون فى القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المحكوم عليه بردها محسوبة من =

ب - المدفوع عين معينة بالذات :

٨٤٣ - رد العين والثمار واسترداد المصروفات : يلتزم المدفوع له سبب النية برد العين للدافع ما دامت قسمة (المادة ٢٥٥ اعطوفة من المشروع التمهيدى) . ويلتزم أيضاً برد الثمار التي قبضها فعلاً أو التي قصر في قبضها (١) . وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تقضى في هذا الصدد بأن «يكون الحائز سبب النية مسئولاً من وقت أن يصبح سبب النية عن جميع الثمار التي يتقبضها وإلى قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته في إنتاج هذه الثمار (٢)» . وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها (م ٩٨٠ فقرة أولى) . وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما راد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ فقرة ٢ وم ٩٢٤) . وإن كانت كمالية فلا يرجع بشيء على الدافع : ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى . إلا إذا اختار الدافع أن يستقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ فقرة ٣) (٣) .

= تاريخ قبضها (حتى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموع عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضى في مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية ، ثم قضت بذلك ، وترددت ، حتى استقرت على الإزالة (أنظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ص ٦١ : ويلغى الحكم تطور القضاء المختلط في هذه المسألة) . (١) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ . (٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه ، فله إن كان واضع اليد سبب النية أن يطالبه بئارضها للعراق لا من تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من تاريخ العقد نفسه» (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨٤ ص ١٩١) . وقضت بأنه «في حالة وضع يد بعض الورثة على التركة ومنهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع للوارث الذي حرم من وضع يده ، ولؤلؤ الورثة تقسيم المشولية فيما بينهم إن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الأعيان» (استئناف ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٢ ص ١٨١) . وقضت بأن «الشخص الذي يضم يده على أعيان باعتباره مالكا يقتضى عقد صدر له من المورث أضيف فيه التملك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر ودية باطلة لصدورها لوارث يكون شولاً عن الربيع لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلك منه» (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) . (٣) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التي منحها القانون المدنى الجديد للدافع الذي يلتزم برد المصروفات للدفع له (م ٩٨٢) .

٨٤٤- ماله هلاك العبر أو تلفه أرضباعرها: وإذا هلك العين أو تلفت أو ضاعت أو بد المدفوع له سبب النية ، التزم مرد قيمته وتلفه هلاك أو التلف أو التبرع ، وذلك دون إسقاط بحق الدافع في استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦) مخدوفة من المشروع التهيدى). وقد قضت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى: «إذا كان الحائز سبب النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه». ويتبين من ذلك أن المدفوع له سبب النية يكون مسؤولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقرّة قاهرة ، ولا يعفيه من المسؤولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد الدافع (١) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه . وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ .

٨٤٥- ماله خروج العين من يد المدفوع له إلى برأى أخرى : وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سبب النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المخدوفة من المشروع التهيدى على ما يأتى : «١ - من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى ، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله فى دعوى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يتجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سبب النية إذا تصرف فى العين معاوضة كان ملتزماً

(١) قارن مسؤولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لوقوعه فى يد مالكه ، فإن قيمة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م ٢٠٧ فقرة ٣) .

قبل الدافع برد العين إليه . ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذي تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع خيراً بين قيمة العين (١) والعوض الذي أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبنى ثمن الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له . وفي العلاقة ما بين الدافع والغير الذي انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه في صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يده إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً . ذلك أن الغير في علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له ، حسنة كانت هذه النية أو سيئة (٢) .

(١) النمر المحذوف من المشروع التهمى بعمل العدة في تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى ، ولكن لما كانت القواعد العامة هي التي يجب تطبيقها عند حذف هذا نص ، فإن هذه القواعد تنقض بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها .  
(٢) ونقل هنا - بعد أن ورعنا من الكلام في النصوص المحذوفة من المشروع التهمى - ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد هذه النصوص : « تتناول هذه النصوص ثلاثة حالات خاصة لها أهمية بالغة في الحياة العملية ، حيث يكون الشيء الذي قد فسخ حق مبيعاً بالذات . فإذا بقي الشيء في يد من قبضه وجب عليه أن يردده مبيعاً ، إما إلى من سلمه ، ويكون ذلك يقتضي التزام شخصي ، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له . - فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي ، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية وحالة من تسلم وهو سيء نية . ففي الحالة الأولى يتحمل مالك الشيء ثبوت الضياع أو التلف ، ولا يلزم حسن النية برد شيء ما ، وفقاً للقواعد العامة . وفي الحالة الثانية يكون من تسلم الشيء قد ارتكب خطأ ما دام قد سلمه وهو سيء النية ، فهو يتحمل ثبوت هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع بخلاف جرمي ، وبذلك يلزم برد قيمة الشيء وقت ضياعه أو تلفه ، أي في آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه . على أن لمن سلم الشيء ، في حالة التلف ، أن يطالب بالشيء التالف مع التعويض عن نقص قيمته . وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف خطأ شخص معين ، كان من وقع منه هذا الخطأ مسئولاً عنه . فإذا خرج الشيء من يده من تسلمه على أثر التصرف فيه بموسم فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية . وبراعى أن من تسلم الشيء وهو حسن النية قد يصبح سيء النية وقت التصرف ، ولا عكس . فسيء النية عند التسم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أي حال . وإذا وقع التصرف بحسن نية ، وكان من قبل المعاوضة ، فلن تسلم الشيء أن يرجع (١) على من تسلمه منه ، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذي قبضه أو تحويل حقه فيه ، ولا يلزم برد الشيء عيناً كما هو الشأن في حالة التصرف بسوء نية (ب) وله أن يرجع على المتصرف له ، فهو لا يكسب ملكية الشيء ، يقتضي تعاقد مع من تسلم هذا الشيء ، لأنه تعاقد مع غير مالك . فيجوز لمن سلم الشيء أن يطالب باستحقاقه له ، ما لم يكن التصرف له قد كسب حق الملك فيه بالتقادم أو بالخياره إن كان من

### ٣٩ - حالتان ذواتا أحكام خاصة

٨٤٦ - الوفاء بدين مؤجل الرضاء ناقص الأهلية : هناك حالتان في دفع غير المستحق لهما أحكام خاصة : (١) حالة الرضاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء لناقص الأهلية (١) .

٨٤٧ - (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل : قدمنا أن المادة ١٨٣ من القانون المدني الجديد نصت على ما يأتي : ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا

=المنفولات. ولا يخل ذلك بما يكون للمتصرف له من حق في الرجوع بالضمان على من تعاقد معه، وهو من سلم الشيء وأدلى إليه به . فإذا كان التصرف من قبيل التبرعات ، فلمن سلم الشيء أن يسترده من يد المتصرف له ، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أتى به إن تم له كسب ملكية الشيء من طريق التقادم أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقدم على جلب النفعة (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع — ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم

لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة) . أما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية ، فلمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى المتصرف له كما هو الشأن في الفرض الذي تقدمت الإشارة إليه ، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الجائر . ذلك أن من سلم الشيء يكون في هذه الحالة بالخيار بين إلزام المتصرف بأن يؤدي ما قبض من عوض ، أو إلزامه بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض . هذا فضلاً عن حقه الأصلي في إلزامه برد الشيء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشيء لا يزال قائماً (كذا) . وإن كان التصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه، وله أن يلزمه برد الشيء بعينه أو برد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض ، إذ المفروض أن التصرف وقع بغير مقابل . وله كذلك أن يسترد الشيء من يد المتصرف له ، فإذا كان هذا قد كسب حق الملك عليه بالتقادم أو بالحيازة أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته ألزم قبل من سلم الشيء بتعويض لا يتجاوز قيمة ما أتى به كما هو الشأن في الفرض السابق (عين الاستدراك للتقدم) « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩ » .

(١) وكان القانون المدني القديم يضيف حالة ثالثة هي حالة الوفاء بالزام مخالف لآداب فلا يسترد ما دفع في بعض الأحوال . ولكن القانون الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام في بطلان النقد (أنظر آخراً فقرة ٣٣٨) .

كان الالتزام الذي لم يخل أجله نقوداً الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها النانوي أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل» (١) . ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني القديم ، فالحكم مستحدث .

والمفروض أن المدين وفي الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل قيام الأجل أو وهو مكروه على ذلك . لأنه لو وفي الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكروه على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل . فلا يرجع بشيء على الدائن . والأصل أن المدين إذا وفي الدائن قبل حلول أجله على الوجه الذي بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق . ثم يوفي الدين عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن - بدلاً من أن يرد الدين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدي مع خلافت لفظية طفيفة ومع إغفال عبارة « وكان الموفي جاهلاً بقيام الأجل » في آخر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب ووصى على المادة تحت رقم ١٨٨ . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ نلت المادة ، فأقترح حذفها لما تحدثه من اضطراب في الدلائل ، على أن تعلق في الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإثراء بلا سبب . فعارض في ذلك ممثل الحكومة قائلاً إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزماً بالوفاء أصلاً وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يخل بعد ، وإن الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدین قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه ، فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي لسلامة نصه . واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء للالتزام » في الفقرة الأولى ، كما اقترح إضافة عبارة « وكان الموفي جاهلاً بقيام الأجل » في آخر الفقرة . فوافقت اللجنة على ذلك . وجاء في تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وكان الموفي جاهلاً بقيام الأجل » لأن الموفي لو كان عالماً بقيام الأجل ووفي رغم علمه هذا حل منه ذلك محل التنازل عن الأجل . وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة كما عدتها اللجنة تحت رقم ١٨٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ - ٤٥٤) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدین قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه . فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلن دفع أن يسترد ما أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي لسلامة نصه . مقتباً في ذلك أثر المشروع الفرنسي الإيطالي ، ولو أن بعض تقنيات أخرى قد أعرضت عنه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ - ٤٥٢) .

ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله - أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . وهذا يؤدي من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار في الإجراءات . وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلاً لذلك : مقالول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر . وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، فيحق له أن يطالب الدائن : إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذي تسلمه إلى أن يعل الأجل ، بأقل القيمتين ، قيمة النفقات الإضافية التي تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء في الشهور الستة (١) . وإذا كان الدين الذي وفى قبل حلول الأجل تقرداً ولم يرددها الدائن للمدين على أن تؤدي إليه عند حلول الأجل : كان للمدين - على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن ، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هي التي تمثل ما أفاده الدائن من التعجيل في استيفاء حقه في حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٣) هذا ولا كان القانون المدني القديم لم يحز دعوى غير المستحق في الدين الذي وفى قبل حلول أجله (الموجز للوئف فقرة ٤٠٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ - أنظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدني الفرنسي - ومع ذلك فإن دى هلنس ٢ ص ٩٣ فقرة ١٤٤) ، فإن القانون المدني الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا . وليس لهذا الحكم الجديد أثر رجعي . فإذا وفى مدين ديناً قبل حلول أجله ، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يرجع بشيء على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يعل إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو في ميّاد بعد ذلك . أما إذا وقع الوفاء في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فالقانون الجديد هو الذي ينطبق ، ويرجع المدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذي بيناه ، حتى لو كان الدين الذي وفى قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومن ثم نرى أن العبرة في تطبيق القانون الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل ، ولكن بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن هذا الوفاء المعجل هو الواقعة التي ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق . فإذا وقع الوفاء المعجل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان القانون الجديد هو الواجب التطبيق ، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذي يطبق .

٨٤٨-(٢) الوفاء ناقص الأهلية: تنص المادة ١٨٦ على أنه : « إذا

لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به (١) » .

وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية . حتى أنه لو دفع وهو غير أهل لوفاء فإنه يسرد ما دفع كما سبق أن بينا . فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية في الأصل ، إذ أن الزامه بالرد لا يقوم على إرادته ، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا . غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية . بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه . عومل برعاية أكبر من الرعاية التي يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته . فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلاً (٢) . وفي هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هي عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التي افتقر بها الدافع على النحو الذي قدمناه . وتكون العبرة في إثراء ناقص الأهلية ، الذي نسلم غير المستحق ، هو ما انتفع به فعلاً لا حكماً .

وينبني على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ملتزماً بشيء قبل الدافع حتى لو كان سيء النية ، لأن ما فقدته دون أن ينتفع به لا يدخل في تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام في قاعدة الإثراء (٣) . أما إذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق له لا تتوافر فيه أهلية التعاقد ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به حتى لو كان سيء النية ، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥ » . وفي لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة الأخيرة لعدم ضرورتها ، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائي الذي قمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتي : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١ . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٨٦ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ - ٤٦٢) .

(٢) استئناف مغلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

(٣) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشيء كما رأينا . ( قارن بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٤ ) .



كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ .

وينبنى على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالعين . حتى لو كان سيء النية وقت أن تبرع (١) .

(١) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشيء . هذا والدافع هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى إثرائه ، وذلك وفقاً للبائىء التي قررتها في دعوى الإثراء بلا سبب ( أنظر في هذا المتي بلانول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٥ ) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المحقوق ٢٥ من ٦٨ — وفي ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٤ من ١٠٥٢ — ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول النفعة لناقص الأهلية بالسندات المضاء منه لأنها هي أيضاً باطلة .

وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في شأن النسي الذي نحن بصدده : « لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلاً للتعاقد . ذلك أنه لا يلتزم التزاماً لإرادياً ، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسليم ما لم يكن مستحقاً له . ولكن إذا كان من تسليم الشيء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدي بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بتأثيره على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشيء ( م ٢٥٦ ) وحالة التصرف فيه بسوء نية ( م ٢٥٨ ) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على التقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سيء النية ، ولا يلزم بشيء ما إذا فقد ما تسلمه بمحدث فجائي . وهو لا يؤدي كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما سلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كاملاً الأهلية . وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة حالة تسليم ناقص الأهلية لشيء معين بالذات ، فهو يلتزم برده عيناً مادام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتباره أنه لم يدخل في ذمته . وهذا هو ما قصد من الحفظ الخامس بالمادة ٢٥١ ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٦١ — من ٤٦٢ ) .

ومعتبر ناقص الأهلية قد أفاد ما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه ، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انصدمت بسبب طبيعي ، أو رجم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقي المال الذي أخذه في يده إلى وقت الرد ( استئناف وطني في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ من ٧٢ ) . ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر في ضرورياته أو في كآلياته المقولة التي يحصل عليها أمثاله ( استئناف مخطوط في ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ من ١٠٠ — وفي أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٦٦ ) . ويعتبر غير مفيد ما بدده ناقص الأهلية في ملاحبه أو في المتامرة أو في شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو في أشياء ضارة كالمواد المخدرة ، أو أضعاف المال عن خرق أو عدم حيلة ( أنظر في كل ذلك نظرية المقد للزألف فقرة ٦١٣ ) .

### المطلب الثالث

#### سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩- ومبراهه خاصه للسقوط : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة في انقضاءها وفي سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها : أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وبجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م ١٨٤) . والوجه الثاني سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد (م ١٨٧) .

#### ١٥ - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠- النص من القانونية: نصت المادة ١٨٤ على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترب عليه أن الدائن . وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء (١) » .

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذي كان في القانون القديم مقابلاً له . فقد كانت المادتان ٢٠٩/١٤٨ من القانون القديم تنصان على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص ، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع ، وانعدم سند الدين . وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ووجه الشمول في النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين ، بل شمل التجرد من سند

---

(١) تاريخ النص : وود هذا النص في المادة ٢٥٣ من المشروع التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٩ . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤ . ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٥٥ - من ٤٥٦) .

الدين بصفة عامة ، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها : التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم (١).

### ٨٥١- التجرد من سند الوجه أو من التأمينات : والمفروض أن غير المدين

دفع الدين للدائن . وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأعدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه من الوجوه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يجدد القيد ، أو نزل عن الرهن . أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . ففى كل هذه الفروض يسقط حق الدافع فى الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوى على ضرب من التقصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذى جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجع كفة غير المقصر على كفة المقصر .

### ٨٥٢- ترك الدعوى تسقط بالتقادم : ويلتحق بذلك انقضاء الدائن قد

ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى نفيائه لحقه . فهنا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجع حق الدائن حسن النية ، فلا يجوز للدافع

(١) وكان القضاء المصرى بغير عبارة « وانعدم سند الدين » التى وردت فى القانون القديم تفسيراً ضيقاً . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه « إذا دفع المشتري الثمن لدائن مرتين ، ثم استحق المبيع أو أبطل البيع غرقت العين من يده ، كان دفعه الثمن للدائن الرهن قائماً على غير سبب ، وله أن يسترد الثمن الذى دفعه . ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه ، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد فى حالة انعدام السند ، أى فى حالة زواله بحيث يصبح مستحيلًا على الدائن أن يثبت حقه . وما لم يشتمل شطب الرهن على الزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه فى الرهن . ولا يزال السند المنقضى للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧) . ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً فى التفسير فقامت على « انعدام السند » تقادم الدين ، إذ قضت بأنه « فى تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يقاس على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين » (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٢) .

الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي تجرد من سند الدين أو من تأميناته (١) .

### ٨٥٣- رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء : وإذا كان

يدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، فإن الطريق البني أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب . فقد دفع له دينه . فأثرى هذا بقدر ما اقتصر ذلك . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقي وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب . وقد ينشئ في حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصور مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة سقوط . وبذلك يكون التحايل قد هباً للغير حق الرجوع على المدين . ويلاحظ أنه ينبغي أن يكون لمخالصة تاريخ ثابت في مثل هذه الحالة ذرءاً لمثل هذا التحايل (٢) » .

والفرض الأخير الوارد في المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتي : سقط الدين بالتقادم . فبعد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبي أعطاه

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إذا قام غير الدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه ، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها . ومع ذلك فقد رأى اختصاص الدائن حسن النية بقطع من الرعاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بمحبه ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به ، وإما من ناحية القانون بسبب سكونته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله محروماً على ذلك . فالحق أن المقارنة بين الغير الذي أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء تنهى دون شك إلى توجيه ما يعني لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب . وقد أخذ التفنين الحالي (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أرغى في عبارة يورزها الوضع ، إذ اقتصر في المادة ٢٠٩/١٤٨ على النص على حماية الدائن حسن النية إذا « انعدم سند الدين » دون أن يتناول بصريح النص حالات هامة كالتقادم وضياح التأجيلات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ .

مخالصة بالدين ، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه ، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع ، إذ لم تتقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين . وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

## ٢٤ - سقوط الدعوى ثلاث سنوات

### ٨٥٤ - النص القانوني : تنص المادة ١٨٧ على أنه تسقط دعوى استرداد

ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (١) .

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق - وهى فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه - تتقادم بعين المدة التى تتقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

### ٨٥٥ - السقوط بأقصر المدينين : ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق

تسقط بأقصر المدينين الآتين :

(١) ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد .

فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام فى ذمة المدفوع له ، بل من

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي

لطيف . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢ . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة « بالتقادم » وأصبح رقمه ١٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٢ - س ٤٦٤) . ويلاحظ أن كلمة « بالتقادم » قد حذفت لأنها لا ضرورة لها ، وسقوط دعوى غير المستحق ثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتى عن طريق التقادم .

اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عنه . ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه . وقد يتفق مبدأ السريان فى كل من المدينين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ عالماً بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى . وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع - كما رأينا فى دعوى الإثراء - أن الدافع لا يعلم بغلظه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة . فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهذا ما قدره القانون الجديد فتحوط له كما تحوط فى دعوى الإثراء (١) .

---

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له ساء النية بل وحتى لو استعمل طرق للنش للاستيلاء على ما أخذ . على أن عمكة النفس قضت فى ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة فى الدعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب للنش حتى استخلص لنفسه ما أخذ من الدافع . وهذا هو المبدأ الذى قرره عمكة النفس : « إذا كانت المحكمة قد ارتكبت فى قضائها للدعى على المدعى عليه برد ما استلمه بطريق النش على ما حملته من فهم الواقع فى الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب للنش حتى استخلص لنفسه من الدعى بلا وجه حتى ولا سوء البائع الذى أثبته برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التى توصل بها الخصم إلى التدليس الذى ارتكبه . وإذن فلا يقبل الدفع بقوط هذه الدعوى لخمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين الدعى والمدعى عليه إنما كانت تجارية لأن النش الذى أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة » (قضى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧١ ص ٥٣٢) .

## الفرع الثانى

الفضالة (\*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦- نتكلم فى الفضالة على أركانها ثم على أحكامها .

### المبحث الأول

#### أركان الفضالة

٨٥٧- التصوص القانونى : نصت المادة ١٨٨ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

«الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك (١)» .

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتى :

---

(\*) المراجع : دى هلنس الجزء الثانى (Gestion d'affaires) — واتون الجزء الثانى — الدكتور عبد السلام ذهني فى الالتزامات — الدكتور محمود هيبه فى الالتزامات — الدكتور محمد صالح فى أصول الشهادات — الموجز فى الالتزامات للؤلف — الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — بلانيول وريبير وبولانجييه الجزء الثانى — كولان وكايتان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى — جويليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — فيزيوز (Vizioz) رسالة من بوردوس سنة ١٩١٢ — جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ — مارويت (Maruitte) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ — بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ من ٤١٩ وما بعدها ، وسنة ١٩٢٢ من ٥ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة «ملتزماً» بكلمة «ملزماً» . وأصبح رقمه ١٩٣ فى المشروع التامى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ رأى سمادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الفضالة وأنه ليس من الحكمة إبراز التعاريف فى القانون ، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط ، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة . وأصبح رقمها ١٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٦٥ — من ٤٦٦) .

«تحقق الفضالة ولو كان الفصولى . فى أثناء توليه شأنًا لنفسه . قد تولى شأن غيره . لما بين الشأين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (١)» .

ونصت المادة ١٩٠ على ما بأتى :

«تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفصولى (٢)» .  
ويقابل هذه النصوص التى اشتمل عليها القانون المدنى الجديد نص واحد فى القانون المدنى القديم هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ . وقد جرت بما بأتى :  
«من فعل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر . فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة» .

ونص القانون القديم مبهم مضطرب المعنى . فهو ليس صريحاً فى الانصراف إلى الفضالة فى خصوصها ، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب فى عمومها (٣) . وقد أزال نص القانون الجديد هذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٢ من المشروع التميدى على الوجه الآتى :  
«تقوم الفضالة حتى لو كان الفصولى مدفوعاً فى الوقت الذى يتولى فيه شأنًا لنفسه إلى القيام بشأن غيره بسبب وجود ارتباط بين الشأين لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر» .  
وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية ، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتى : «ثبت الفضالة ولو كان الفصولى فى أثناء توليه شأنًا لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشأين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر» . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة «تولى» بعبارة «قد اندفع إلى القيام» . وأصبح رقم المادة ١٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة القانون المدنى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٤ من المشروع التميدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ — ص ٤٧٢) .

(٣) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى قاعدة الإثراء بلا سبب . انظر دى هانس ٢ ص ٢٩٥ ندر ٢ — والشون ٢ ص ١٤٠ — من ١٤٩ — الموجز للمؤلف ص ٣ — ٤ —



٨٥٨ - أركان تمهيد للفضالة : ويتبين من هذه النصوص الجديدة

التي قدمناها أن الفضالة تتمحقق بقيام أركان ثلاثة (٢) :

(١) أن يقوم القضولى بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادى .

(٢) أن يتصد : فى قيامه بهذا الشأن العاجل . مصلحة ربه العمل . وهذا

هو الركن المعنوى .

(٣) ألا يكون . إزاء هذا الشأن العاجل . ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا

مهيأ عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن الثانوى .

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة .

من ٤٠٤ - الدكتور حشمت أبو سنيت بك س ٤١٠ فقرة ٥٦٦ - الدكتور عبد السلام  
ذهبي بك فى الالتزامات فقرة ٦٩٠ - الأستاذ بطوروس فى تطبيقاته على القانون المدنى ٢  
س ٤٢٣ فى الهامش .

(١) جاء فى للذكورة الإيضاحية للمصروع التبعى فى هذا الصدد ما يأتى : « لا يتضمن  
التقنين المصرى الحال (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد ، اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار  
الإثراء بلا سبب . وقد استبدل المصروع بهذا النص سلسلة متصلة الحلقات من الراد عرض  
فيها لتحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً . والحق أنه من الأهمية بمكان إيضاح ما يفرق  
من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب فى عمومته وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ .  
فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة ، وتتمثل  
آثارها تقريباً على ذلك . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام  
المتعلقة بهذا التطبيق الخاص ، وتعين الرجوع إلى المبدأ العام » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢  
س ٤٧٠ ) . وجاء فى موضع آخر فى هذا الشأن ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على  
توافر سمة الاستعجال فيما يتصدى القضولى للقيام به . فهذه الصفة هى علة ما يترتب على الفضالة  
من نيابة قانونية ومناطق تفسير ما يتفرع عليها من حقوق والزامات . وقد عني المصروع بإيضاح  
الحدود التى تفرق بين نطاق تطبيق الفضالة ونطاق تطبيق الإثراء بلا سبب ، وعلى وجه الخصوص  
فيما يتعلق بأحوال الفضالة التى ينولى فيها الشخص شئون غيره معتقداً أنه ينولى شأن نفسه ،  
أو التى يتصدى فيها الشخص لشئون غيره مخالفاً فى ذلك لإرادة هذا الغير » . ( مجموعة الأعمال  
التحضيرية ٢ س ٤٤٠ ) .

(٢) وقد لحصت عملة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها فى حكمها الصادر

فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (الحامدة ٧ رقم ٣٢٩ س ٤٧٨) .

## المطلب الأول

### قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩- عناصر هذا الركن : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لرب العمل . وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملاً مادياً . وهو في الحالتين يجب أن يكون عاجلاً .

#### ١ - تصرف قانوني أو عمل مادي

##### ١ - التصرف القانوني :

٨٦٠- كيف يقوم الفضولي بتصرف قانوني : يصح أن يكون الفضولي وكيلًا في الأصل عن رب العمل ، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالمًا بذلك أو غير عالم ، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولي (١) . أو يستمر في العمل باسم الأصل بعد انتهاء الوكالة ، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم . فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته (٢) .

ولكن قد يعمل الفضولي دون وكالة أصلاً . فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل . مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يوجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل (٣) . أو أن يبيع محمولات

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالمولة صفقة ما بشروط أتيد لموكله عادت الفائدة على الموكل . فإن تسلم ثمنًا للبيع يزيد على الثمن الحقيقي وحيث أنه اعتبر خائنًا للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص ١٧٨٧) .

(٢) قارن ما قضت به محكمة القصر من أن الوكيل الذي يظل يتابع عمله عند موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلًا عنهم لا مجرد فضولي (قصر ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

(٣) أنظر في فروض يكون فيها المالك في الشيوع فضوليًا : استئناف وطني في ٢ يناير ١٨٩٦ المحقوق ١١ ص ١٤٢ - استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٤ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠٩ -

ورعاية لرب العمل لما يسرع إليه التلطف . أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقيماً للحجز الإداري (١) . أو أن يقبل اشتراطاً لمساهمة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحجب عنه (٢) . ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف .

## ٨٦١- ما يترتب على صدور التصرف القانوني باسم رب العمل :

وقد قدمنا أن الفضولي يقوم بالتصرف القانوني باسم رب العمل . كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة . ويترتب على ذلك :

(١) إذا توافرت جميع أركان الفضالة الأخرى . وقع التصرف نافذاً مباشرة في حق رب العمل كما لو كان الفضولي وكيلاً عنه . وسنرى تفصيلاً ذلك فيما يلي .

(٢) ليس من الضروري أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه باسم رب العمل ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ويمكن

---

== محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازت ٤ رقم ١٢٨ ص ٣١٧ .

وفي إحدى القضايا أجر زيد أحد الشركاء في ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالنابة عن شركائه ، واشترط في عقد الإجارة دفع الأجرة إليه أو إلى من يحوله بها ، وحول الأجرة إلى عمرو . ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء في الشيوع جزءاً من الأجرة يعادل نصيبه في الملك المشاع . فرفع عمرو دعوى على بكر يطالبه بالأجرة ، وكان خالد خصماً فيها ، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١/٦٨) .

(١) استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ص ٩٩ .  
(٢) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولي حقاً لرب العمل نيابة عنه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذي يستحقه المتأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له في انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب في ذمة السلطة العسكرية لا في ذمة المالك . ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك ، ودخل في هذا الحساب التعويض الواجب للمتأجر من الباطن ، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً ناب عنه في قبض حقه من السلطة العسكرية (١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الإسكندرية أخيراً المختلطة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازت ١٢ رقم ٨٨ ص ١٥٨ .

أن يكون من أهل التمييز .

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلاً للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه . لأنه يقع نافذاً مباشرة في حقه كما قدمنا (١) .

(٤) يخضع . من ناحية الإثبات ، التصرف القانوني الذي تولاه الفضولي باسم رب العمل للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية . فإذا كان التصرف عقداً . لم يجز إثباته فيما يجاوز عشرة الجنيهات إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين .

#### ب - العمل المادى :

٨٦٢ - هو أنه يكونه عمل الفضولي عملاً مادياً : هناك من يرى أن العمل الذى يقوم به الفضولي يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة (٢) . ولكن هذا الرأي مرجوح . ويصح أن يقوم الفضولي بعمل مادي كما يقوم بتصرف قانوني ، وفي هذا تختلف الفسالة عن الوكالة .

والعمل المادى الذى يقوم به الفضولي قد يكون عملاً مادياً بالنسبة لرب العمل ، وقد يكون عملاً مادياً في ذاته .

٨٦٣ - العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل : فالفضولي عندما يتعاقد باسمه الشخصى ، أو باسم رب العمل ، بشأن عاجل من شؤون رب العمل . يكون قد قام بتصرف قانوني فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه . ولكن هذا التصرف القانوني يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل . مثل ذلك أن يتعاقد الفضولي مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلل يهدده بالسقوط . أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دهمه واقتضاه إسعافاً سريعاً ، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل . أو أن

---

(١) أنظر مع ذلك بلانيول وريبير وبولانيه ٢ بقرة ١٢٢٣ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه في هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٢ - ١ - ٣٣٧) .

(٢) أنظر في بحث هذا الرأي وقده والتون ٢ ص ١٥١ - ص ١٥٢ .

يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ،  
أو أن يني بدين على رب العمل ليجتبه الحجز على ماله (١) .

ولما كان هذا التصرف القانوني الذي قام به الفضولي يعتبر عملاً مادياً  
بالنسبة إلى رب العمل ، فإنه يجوز لرب العمل في رجوعه على الفضولي أن  
يثبت هذا التصرف بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنبيات .  
كذلك يجب أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة للتصرف الذي تولاه ولا يكتفى  
فيه أن يكون من أهل التمييز ، وهذا إذ لم يتعاقد نائباً عن رب العمل ، بل تعاقد  
باسمه الشخصي ، فانصرف أثر العقد إليه ، وسرى فيما يلى تفصيل ذلك .

## ٨٦٤ - العمل المادى فى ذاته : وقد يقوم الفضولى بعمل مادى فى ذاته ،

كأن يقطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط لرب العمل ، أو أن يقيد رهناً  
لمصلحة رب العمل ، أو أن يحدد قيد الرهن ، أو أن يطفىء حريقاً اشتعلت  
فى منزل لرب العمل ، أو أن ينجى محصولاً لرب العمل ينشى عليه إذا لم  
يجن من التلف ، أو أن ينقذ زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح  
جراح حصان أو شوك أن يلقى براكيه إلى الأرض ، وما إلى ذلك من الأعمال  
المادية التى تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل (٢) .

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ، ويدخل فى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك فى الشروع باسمه الخامس ،  
وعلى رأى ومسمع من شريكه الآخر ، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة فى الشروع ،  
كان فى تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينوب عنه فى البيع وفى قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة  
١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩١) .

(٢) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورتينيات  
بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأقترتهم فى الحجر عملاً من أعمال الفضالة قام به  
المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجامعة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) . وكذلك  
اعتبرت عملاً من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء ، وهى شؤون كان الأرثييون تدب  
بتولاها فى مدينة كيف بمقتضى توكيل عام ، ثم اعتزل الوكالة ، ولكنه بقى بعد ذلك بدير  
هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنود السوفيتية مدينة كيف (٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧  
م ٣٩ ص ٥٧٤) . واعتبرت أيضاً عملاً من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها العادى  
لمعاونة سفينة أخرى والبر بها إلى الميناء التى تنقدها (١٨ أبريل سنة ١٩٨٨ : المجموعة  
الرسمية المعاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤) .

ذلك البيئة والفرائض (١) .

## ٢٨ - شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥- مجرد النفع لا يكفي : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي وهي تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان « أن يكون ما يتصدى له الفضولي (شأنًا عاجلاً) » ، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعاً أو مفيداً ، بل لا بد أن يكون ضرورياً (٢) .

وإذن لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة بحله الفضولي لرب العمل . فلا يجوز مثلاً أن يتقدم الفضولي لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو أن يقوم ببناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالاً مفيداً ، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل لمجرد أن يجنبه مضار الشبوع (٣) . في كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولي عمل نافع ، بل قد يكون محقق

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية « أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه يعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عدم الأهلية يدفع مقابل ذلك الشخص الذي ترتب على فعله جلب المنفعة ، ويجوز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البيئة وفرائض الأحوال ، فتعيط الموق لما فيه من حفظ الجثة من التلب العاجل ولما فيه من تسهيل نقلها من ديار القرية إلى الوطن حيث تهيم العائلة ، فيه ولا شك منفعة للعائلة التي ترغب بعتق الموائد أو المقائد أن تكون الجثة مدفونة في ضريحها الخامس حيث تسهل زيارتها . وهذه المنفعة تولد شبه عقد يتحقق مقابلاً . وأن تعيط عمل مستغل من أعمال الطبيب لا يدخل فيها هو مسئول عنه الفتوف من المعالجة أثناء حياته ، ولذلك هو يتحقق عليه أجراً مستقلاً ، وللمعالم أن تقدر قيمته في حالة عدم الاتفاق عليه من قبل » (٥ دبسر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفضولي لا يجوز له أن يتول عن حق لرب العمل ، وبخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧) - وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل في أعمال الفضالة عقود الفير ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٤٢٢ .

الفائدة . ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يجوز للفضولى أن يتدخل فيها . وإذا تدخل فلا يكون فضولياً ، ولا يلزم رب العمل فى شيء ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية . ولكن إذا رأى رب العمل أن يجوز تدخل الفضولى ، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ فى حق المجيز وفقاً للقواعد العامة .

## ٨٦٦- بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً » : وإنما يتعين أن يكون العمل

الذى يقوم به الفضولى هو من « الشؤون العاجلة » لرب العمل . فلا يمكن أن يكون نافعاً فحسب ، بل يجب أن يكون ضرورياً . ومعنى « الضرورى » هنا أن يكون العمل الذى قام به الفضولى من الشؤون التى ما كان رب العمل ليتوانى فى القيام بها . فقام به الفضولى ناظراً إلى مصاحبة رب العمل . نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل ، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار ، بيع محصولات يسرع إليها التلف ، دفع ضريبة توكفاً لحجز إدارى ، قبول اشتراط لمصلحة رب العمل ، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط ، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دمه ، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضرورى لرب العمل ، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، الوفاء بدين على رب العمل منعاً للحجز على ماله ، قطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط ، قيد رهن أو تجديد القيد ، إطفاء حريق ، جنى محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن ، الإمساك بزمام حصان جامح . كل هذه أعمال - قانونية أو مادية - هى من الشؤون العاجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى فى القيام بها .

ويفهم مما قدمناه فى تحديد معنى « الشأن العاجل » أن قيام الفضولى بهذا الشأن ، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة ، يؤدى إلى نفع محقق لرب العمل . ومن هنا اشترط بعض الفقهاء فى الفضالة أن يتم عمل الفضولى بنجاح (١) .

(١) أنظر فى هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يولية سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٣ ص ٢٧٩ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ . وأنظر بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٢١٦ .

ومتى قام الفضولى بالعمل الذى تولاه، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل، فإنه يستوى به. هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول. فلو أن الفضولى أصلح منزلاً لرب العمل، ثم احترق هذا المنزل، لبقى للفضولى حق الرجوع على رب العمل بما أنفق من المصروفات. وهذا هو عين المبدأ الذى قررناه فى قاعدة الإثراء بلا سبب. وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى.

### المطلب الثانى

#### نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٨٦٧- هذا هو الركن المعنوى فى الفضالة كما قدمنا. ونقف هنا عند النية والتصد. فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولى، وهو يتولى شيئاً لغيره. إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل. والفضولى فى هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره، وإما أن يكون على غير بينة.

#### § ١- الفضولى على بينة من أمره

٨٦٨- الفسر عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب: يغلب أن يكون الفضولى على بينة من أمره، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل. وهذه النية هى التى تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب (١). والفضولى إنما يعرف بهذه النية، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره. وقد رأينا ذلك محققاً فى أعمال الفضالة التى استعرضناها فيما تقدم. والفضالة من التفضل لا من التطفل.

= ولكن ليس من الضرورى أن يصل نجاح الفضولى إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه «يختبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل بذلته عنابة الشخص العادى، وللم تحقق النتيجة المرجوة». (١) وتتميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير. فقد رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط، أما الفضولى فليست له مصلحة شخصية فى الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل.



أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه . فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع . ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . مثل ذلك أن يقوم المستاجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفي منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه ، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا (١).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن « محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولي لحساب المالك لا لحسابه الخاص لفرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فتأجر الأرض الذي يجري تحسينات بها وقيم مبانٍ ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي ، رغم الحظر الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر للمالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات في العين المؤجرة » (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ٢٥٠) . وقضت محكمة للنشئة بأن « أعمال الفضولي ... شروطها أن يكون الفضولي قد انصرف جهده واتجه غرضه في عمله إلى منفعة رب المال ، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير دائمة مباشرة لم تكن وليدة للمصادفة ، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالنسبة » ( ٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ ص ٥٣٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذي يقاضى الشركة عن سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حاملي السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٢٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقاراً مثلاً بمحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء المحكر ولا برد الثمن الذي رأت الشركة أن تشتري به المحكر ، وكل ما نلتك الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما أفاده من تخليص العقار من حق المحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٥) ، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها « عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشريك — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ ، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ . جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥ . وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونيو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٢٢٣ — سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٢ (وهو منشور في « الأحكام الرئيسية للقضاء المدني » لكاييتان باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٧ — ص ٤٢٩ — وقد أشار لحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص ٩٨ — وأشار إلى: كولان وكاييتان ٢ فترة ١٣٧٥ — بلانبول وريبير وبولانجي ٢ فترة ١٢١٣ — بلانبول وريبير وإسمان ٧ فترة ٧٢٧ — بودرى وبارد ٤ فترة ٢٧٩٢ — أوبري ورو ٦ فترة ٤٤١ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦) .

## ٨٦٩ - جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت معا :

وليس من الضروري أن تتمحض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده . بل يجوز . كما تقول المادة ١٨٩ « أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي . في أثناء توليه شأناً لنفسه . قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر . فالشريك المشاع يؤجر العين الشائعة . فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشروع . فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك . ولا ينبع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا ينبع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولاً . وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فالهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعي منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه (١) . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « بيد أن الأمر يقتل محصوراً في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة . ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشائين على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالاً عن الآخر ، كما هو شأن الشريك المشاع عند إدارة المال المشاع (٢) » .

## ٢٨ - الفضولي على غير بينة من أمره

## ٨٧٠ - لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل

لمصلحة غيره : وقد لا يكون المتدخل في شؤون الغير على بينة من أمره ،

(١) ولكن إذا عمل سمار لمصلحة أحد الشاعين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتابع الآخر (استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩) . وكذلك إذا عمل عام لمصلحة موكله حتى كذب القضية فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتابعين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

فتنصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضولياً في هذه الحالة لأن العبرة بالنية . فحتى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضول ، حتى لو كشف بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد . فلو أن منزلاً كان في حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل . فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو . ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره . فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير . ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى (١) : «تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه» . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وهي تستعرض ركناً من أركان الفضالة ، ما يأتي : «ثالثاً - أن يتصدى الفضولى لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولى إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل ، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولى وهو يتولى شأن الغير أنه يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضالة وطلعت قواعد الإثراء (٢) » .

## ٨٧١ - ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به

يعمل لمصلحة شخص آخر : أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فإنه يكون فضولياً كما قدمنا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر (٣) . فالمهم هو أن تنصرف نية

(١) وقد حذف هذه المادة بقترنيها في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لأنها تصدى لجزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الإثراء بلا سبب . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . وانظر في هذه المسألة استثنائات مختلط في

٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ص ٨٩١ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ص ٢٢٧ .

(٣) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١

الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير . لا لمصلحة شخص معين بالذات . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورة من هذا الوجه . فهى بمجرد ما كفاية دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته . ففى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير . بقى قائماً بعمله . ولو أخطأ فى شخص رب العمل . وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الخفى ما يترتب على الفضالة من حقوق . ويتحمل ما ينشأ عنه من التزامات (أنظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألمانى والمادة ٩٥٥/١١٩١ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٣ من التقنين اللبنانى) » (١) .

### المطلب الثالث

الفضولى يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٨٧٢- هذا هو الركن الثالث للفضالة . وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى .

أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه . وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينه عن ذلك .

### ١٤ - موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣- لا يعتبر فضولى من يكون ملزماً بشأن الغير : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى معرض ذكر أركان الفضالة . ما يأتى : « رابعاً - أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك . وقد فصل التقنين اللبنانى هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى

لم يتولى شأنًا لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملزماً قانوناً بذلك . وتبسط التقنين المساوى في هذا الشأن فنص في المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولي بمن يقوم بشأن الغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمني أو أمر من محكمة أو نص في القانون) . وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس أو بمقتضى نص في القانون كالنوصى (١) .

ويبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب . حتى يكون فضولياً ، ألا يكون ملزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن . لأنه إذا كان ملزماً به فهو ليس بفضولي يتبرع بالعمل لمصلحة الغير . بل هو مدين يقوم بالزامه نحو الدائن .

ويترتب على ذلك أن الما قول إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء في أرضه ، فإن الما قول لا يعتبر فضولياً ، لأنه ملزم بإقامة البناء بمقتضى عقد الما قوله . كذلك الحارس القضائي وهو يدير العين المتنازع عليها لا يعتبر فضولياً لأنه ملزم بإدارة العين بمقتضى أمر القاضى . والمتبوع إذا دفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مشغول بحكم القانون عن هذا الخطأ .

## ٢٨ - موقف رب العمل من الشأن العاجل

### ٨٧٤ - رب العمل لا يعلم بالفضالة : قلنا إن موقف رب العمل من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٢ . ويلاحظ أن التزام الوكيل بالتقيد ، على ما جاء في المذكرة الإيضاحية ، هو التزام يجوز للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم . وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضالة آتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملزم بمقتضى العقد ، كما سئرى .

هذا والكفيل إذا تطلوع لكفالة المدين ، دون أمر منه أو نهى ، كان فضولياً ، والعمل الذى قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به . والكفيل في هذه الحالة ، إذا هو دفع الدين ، أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة . أما إذا كان الكفيل مأموراً من المدين بالكفالة ، فكفل الدين ثم دفعه للدائن ، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة ، ولا يكون فضولياً في هذه الحالة . وكذلك لا يكون فضولياً إذا أنهاه المدين عن الكفالة ، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفعه للدائن ، ويرجع في هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

الفضولى فى هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينه عنه . وفى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولى قد تولى شأناً عاجلاً من شؤونه . لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه ، فيتولاه الفضولى عنه . وهذه هى الحالة الغالبة فى الفضالة . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والغالب أن يجعل رب العمل تصدى الفضولى لقيام بهذا العمل (١) » .

**٨٧٥- رب العمل يعلم بالفضالة :** ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأناً من شؤونه العاجلة . فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلًا لا فضولياً (٢) . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولى إلى تولى شؤونه ، ولكنه يجيز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولى بهذه الإجازة وكيلًا . وفى هذا تقول المادة ١٩٠ التى سبق ذكرها : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى » . وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة . إذ أن الإجازة لها أثر رجعى (٣) . ويستثنى الغير من ذلك . فلا يكون للإجازة أثر رجعى بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورهما . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل فى شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة . أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلاً ، فى الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلًا إذا كان العمل الذى قام به تصرفاً قانونياً (٤) . وهذا ما نقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) استئناف مخطط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ . ويشترط حتى يكون الغير وكيلًا أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى .

(٣) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلاً للتصرف الذى قام به الفضولى وقت قيام هذا به ، ما دام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة ، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (أنظر فى هذا المعنى بلانول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢٢) .

(٤) وللإجازة دالة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة ، فأجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز سائراً فى حق المخير (أنظر فى هذا المعنى بلانول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢١) .

الشأن : « فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولي من حقوق والتزامات من بدء الفضالة . ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورهما ( أنظر المادة ٩٥٨/١١٩٤ من التقنين التونسي والمداكشي والمادة ١٥٤ من التقنين اللبناني ) ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولي قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٢٠ من التقنين البولوني ) . ويراعى في الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب (١) » .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولي العمل الذى قام به ، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شؤونه ، فلا يكون الغير فضولياً (٢) ، ويجب عليه الامتناع عن التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة . فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد كان المشروع التهيدى يشمل على نص يقضى بهذه الأحكام ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ ، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وكانت تجرى بما يأتى : « وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة (٣) » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧١ . وملاحظ أن الفضالة لا تنقلب وكالة فى جميع الصور التقدمية إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولي هو تصرف قانونى .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٣٣٣ - وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٩٢ - وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ٢٣٤ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٩ .

(٣) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التهيدى كان يشمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع . وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى : « ١ - تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن نفسه . ٢ - وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يقتضى بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود =

بقي الفرض الثالث . وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل في شؤونه ولم يمنعه من ذلك . فإذا وقف رب العمل من التدخل هذا الموقف السلي . لا يأمره بالتدخل ولا ينهأ عنه . كان هذا هو مجال الفضالة . واعتبر التدخل فضولياً . وفي هذا نقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ما يأتى : « فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم ينصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار . بقيت لقواعد الفضالة ولايتها . ووجب تطبيقها (١) » .

ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا في فرضين من الفروض المتقدمة : (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سليماً . لا يأمر به ولا ينهى عنه .

== التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالاتزام بالشفقة والاتراء بتجهيز الميت . » وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لمعليه على هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥ . ولما عرّض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، رأيت اللجنة حذفه لأنه يتصدى جزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق لقواعد العامة ويسهل استنتاج البعس الآخر من الأحكام البينة في مواد الإثراء بلا سبب . ووافق مجلس الشيوخ على الحذف .

ولا شك في أن تطبيق القواعد العامة تدفع لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص . فالشخص الذى يقوم بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن نفسه لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب . كذلك يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب من تدخل في شؤونه غيره مخالفاً في ذلك لإرادة الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة . ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هي وجود التزام قانونى في ذمة رب العمل تقضى بأدائه المصلحة العامة ، كالاتزام بالشفقة والاتزام بتجهيز الميت ، فإذا تدخل شخص وأدى عن رب العمل الترام بالشفقة نحو من يجب عليه نفقته ، أو قام بتجهيز ميت يلزم رب العمل شرعاً بتجهيزه ، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً في هذه الحالة حتى لو نهأ رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى . وعلة هذا الحكم مفهومة ، فإن الفضولى إنما يقوم من رب العمل بالترام قانونى تقضى المصلحة العامة بأدائه ، فلا يعتد في هذه الحالة بنهى رب العمل للعمل للفضولى عن أداء هذا الالتزام . ولكن أيكى أن تكون علة الاستثناء مفهومة ؟ وأنبس من الواجب ، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة ، أن ينص على هذا الاستثناء ؟

(أنظر في المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ : هامش رقم ١ و ص ١٧٠ — ص ١٧١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٠ .



## المبحث الثاني

### أحكام الفضالة

٨٧٦ - التزامات الفضولي والتزامات رب العمل : الفضالة . إذا توافرت أركانها على النحو الذي قدمناه ، ترتب التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب رب العمل .

#### المطلب الأول

#### التزامات الفضولي

٨٧٧ - ماضي هذه الالتزامات وما هو مصدرها : يلتزم الفضولي بما يأتي :

١ - أن يعضى في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢ - أن يحظر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .

٣ - أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادى .

٤ - أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادى إرادى يقوم به الفضولي فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات (١) . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى في هذا الشأن ما يأتى : « يتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولى ، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٣) . ويريد بالعمل المادى الإرادى هنا أن الذى أرادته الفضولى هو العمل المادى ، لا الالتزامات التى يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عاينة في التصرف القانونى المجلد النسخة العربية من ١٧٠ هامش رقم ٧) . ولا يجوز القول إن القانون صدر غير مباشر لالتزامات الفضولى وأن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولى فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يعمل من العمل المادى الإرادى مصدراً عاماً للالتزام ، كما فعل في المقد وفى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب . والصحيح أن قانون رتب على واقعة ذنوبية معينة ، هى العمل المادى الصادر من الفضولى بشروطه المعروفة ، =

به الفضولى هو عمل مآدى فى ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو تصرف قانونى . سواء عقده باسمه الشخصى أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه . ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولى بإبرام هذا التصرف القانونى عملاً مادياً فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل . وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى . وفى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولاً) التزامات الفصول الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفصول وبالأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل ويتقدم هذه الالتزامات .

### § ١ - التزامات الفصول الأربعة

١ . الالتزام الأول - مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن

رب العمل من مباشرته بنفسه :

٨٧٨- جاء فى المادة ١٩١ ما يأتى : «يجب على الفصول أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (١)» . وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل فى شؤون الغير عن خفة واستهتار . فن تدخل فى شأن لغيره من غير أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل متى بدا له أن يتخلى ، بل يلتزم بالمضى فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل ، وهى المصلحة التى قصد الفصول أن يبرعاها . ولكن لا يلتزم الفصول بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . فإذا تمكن من ذلك - وسرى أن الفصول يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع - سقط عن الفصول التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضى فيه ، وأصبح من واجب رب

- التزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى ، كواقعة الجوار وواقعة القرابة . فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . وسننصل ذلك عند الكلام فى الالتزامات التى تنشأ من القانون (أنظر فى رأى الأخير مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص ٢٩ - ص ٣٠) .

(١) تاريخى النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٥ من المشروع التهنيدى بتبديل لفظى -

العمل . ومن حقه في الوقت ذاته ، أن يباشر شؤونه بنفسه ، وأن يتخلى له الفضولي عن ذلك .

وإذا كان العمل الذي تولاه الفضولي عملاً مادياً ، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق ، وجب على الفضولي المضي في تنقية الزراعة أو في إطفاء الحريق حتى يأتي رب العمل ويباشر العمل بنفسه . أما إذا كان العمل الذي تولاه تصرفاً قانونياً — سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصي — فواجبه هنا أيضاً أن يمضي في عمله ، فيتم إبرام التصرف القانوني . ويقوم بالإجراءات التي يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده ، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر ، فيؤدي ما أنشأه التصرف من التزامات . وبطالِب بما رتبته من حقوق ، باسم رب العمل أو باسمه الشخصي على حسب الأحوال . كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذي عقده الفضولي نيابة عنه . فيمضي في الإجراءات أو في التنفيذ بنفسه . أما التصرف الذي عقده الفضولي باسمه الشخصي فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتي .

ب . الالتزام الثاني — إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك :

**٨٧٩—** ولا يكفي أن يمضي الفضولي في العمل الذي بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه ، وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبة عليه فهي أيضاً حق له . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثاني من المادة ١٩١ إذ تقول « كما يجب عليه (أي على الفضولي) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك(١) » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية

= طفيف . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧ . كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٣ — ٤٧٤) .  
(١) أنظر فقرة ٨٧٨ في الهامش .

للمشروع التهديدى (١) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلاحظ أن الفصولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكف الفصولى عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجب الفصولى أن يخطره بتدخله فى أول فرصة تتاح له . ومنى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك » .  
وغنى عن البيان أن الفصولى ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن ينذر أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التى تحيط به للقيام بهذا الإخطار .  
ح . الالتزام الثالث - بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل :

### ٨٨٠- النص القانونى : تنص المادة ١٩٢ على ما يأتى :

- ١ - يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى . ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك .
- ٢ - وإذا عهد الفصولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه . دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب .
- ٣ - وإذا تعدد الفصوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية « (٢) » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التهديدى على الوجه الآتى :

- ١ - يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ٢ - ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٣ - وإذا عهد الفصولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . وإن تعدد الفصولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية . ثم قسمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع لتبأن بالصيغة الآتية : ١ - يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص =

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة في الفضايلة (١). فهو : (١) يرسم

- التعويض المترتب على خصته إما كانت الظروف التي سبقت إلى إجماع بالعمل تقتضي ذلك .  
٢ - وإذا عهد القضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كن مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . ٣ - وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين في المسؤولية . - وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائي دون تعديل تحت رقم ١٩٨ - وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نلت المادة ١٩٨ ، واقتراح حذف عبارة « وأن مجلس بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة . واقتراح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد في صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتى : « ويكون مسئولاً عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » . كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبق للقواعد العامة وقواعد مسؤولية المتبوع عن تابعه . واعتبر على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضوليين ، وإذا كان المقصود منها أن تطبق في حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فن الواجب إظهار هذا الحكم . واقتراح أن يكون نصها كالآتى : « وإذا تعدد مضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . وبذلك أصبح نص المادة ١٠٨ كالآتى : « ١ - يجب على القضولى أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص المادى ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ - وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . وفي جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نلت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها إرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفها ، وسبب ذلك أن الفضايلة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شيء من العناية في التصور الخاصة به . وقالت اللجنة في تقريرها ما يأتى : « حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » واكتفت اللجنة بأن يبذل القضولى في القيام بالعمل عناية الشخص المادى ، واستبدلت في الفقرة نفسها عبارة « إذا كانت الظروف تبرر ذلك » بعبارة « إذا كانت الظروف التي سبقت إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك » فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت القضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى في الوقت نفسه إيقاس التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تنسجاً مع ما عليه العدالة » . وأصبح رقم المادة ١٩٢ - « وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٨ ) » .

(١) أنظر ما يقابلها في التفتيات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسبانيولى والمادة ١٥٦ من القانون اللبائى والمادة ٦٨١ من القانون الألمانى والمادة ٤٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

ولا مقابل في القانون المصرى القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ١٢٩/٣١٠ من القانون =

معيّر الخطأ في المضاة وما يترتب من المسؤولية على هذا الخطأ . (٢) وبين أحكام نائب الفصولي . (٣) ويقرر التضامن في المسؤولية إذا تعدد الفصولي .

## ٨٨١- الخطأ في المضاة: لا يلتزم الفصولي بالوصول إلى نتيجة المرجوة .

بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادي للوصول إلى هذه النتيجة . فالإلزام ليس التزمّاً بتحقيق غاية . بل هو التزمّاً ببذل عناية (١) .

ومعيار خطأ الفصولي هو كمعيار الخطأ العقدي ويقاس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ فقرة ٢) . فيجب ألا ينحرف الفصولي في القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسؤوليته (٢) . وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن التزمّ الفصولي ببذل عناية الرجل العادي ليس التزمّاً عقدياً . ولا هو خطأ تقصيري لأن مسؤولية الفصولي ليست مسؤولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خرباً عن أعمال المضاة . وإنما هو خطأ في المضاة . معياره هو عين معيار الخطأ العقدي والخطأ التقصيري . وخصوصية هذا الخطأ أن المسؤولية عنه قد لا تكون كاملاً . إذ يجوز للقاضي أن يقصّ الموبض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرّر ذلك . وكثيراً ما تبرّر الظروف التخفيف من مسؤولية

التقدم ، وهذا هو صهما : « الاتّهامات الناشئة عن الأفعال لا تقسم ذكرها (وهي حالة المضاة وحالة استرداد غير المتحقق) لا يترتب عليها تقاس «عابها» . ولرى من ذلك أن من التقدم لم يرس في هذا النمى إلا التضامن الفصولي في المسؤولية في هذا التضامن على خلاف ما قررّه القانون الجديد . أما الأحكام الأخرى — معيار الخطأ — يترتب عليه من مسؤولية الفصولي وأحكام نائب الفصولي — فلم يرس لها القانون التقدم ، ولكن القضاء والفقّه في مصر كانا يقرران دون نص ، ومن طريق تطبيق القواعد العامة ، التي وردت في نصوص قانون الجسد إلا ما كان منها يحتاج في تقريره إلى من كرجوع رب العمل على نائب الفصولي بدعوى مباشرة .

(١) وإذا كان عمل الفصولي هو تصرف قانوني يبرمه باسمه الشخصي أو نيابة عن رب العمل ، فلا يترتب عليه هذا التصرف هو العاية المرجوة . بل هو الوسيلة لإدراك هذه العاية . فيبقى إذن إلزام الفصولي ، حتى في هذه الحالة ، إلزام عناية لا التزم غاية .

(٢) وقد كان المشروع التمسدي (م ٢٦٦) يوجب أن يباقي فصولي بين صما وبين إرادة رب العمل ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترسة . وقد رأينا أن لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ قدمت هذا الحكم لأنه « يورد معياراً شخصياً يوفق في إشكالات كثيرة ، ويؤمّن لأحكامه مدارك الذي يوارد في صدر الفقرة ، وهو معيار السلوك المألوف للرجل العادي .

الفضولى إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل . فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهم يهدد رب العمل ، فى هذا الطرف الذى ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ فى عمله وأُذِف قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى . فيكون هذا سبباً لتخفيف المسؤولية وإنقاص التعويض (١) . وقد تكون ظروف أخرى ، غير تلك التى ساقته للتدخل ، سبباً فى تخفيف المسؤولية . فالفضولى الذى يعتمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية . فيجد ظرف يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوى على شيء من المشقة يحجم عندها عن المضي فى عمله ، فينحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى ، قد يخفف القاضى من مسؤوليته عن هذا الخطأ بسبب الطرف الذى جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً (٢) .

وقد يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضر به رب العمل ، فيكون مسئولاً عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يعتمد الفضولى على إطفاء حريق شبت فى منزل جاره ، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة ، يهمل إقفال باب المنزل فتسلسل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار . فى هذا الفرض يكون خطأ الفضولى فى إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة ، ويكون مسئولاً نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسؤولية تقصيرية .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يلاحظ أن الفضولى يلزم ، ما بقى قائماً بالعمل ، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد . . . وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته . ومع ذلك فينبغى التسامح فى تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولى قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يهدده : (أنظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات الويسرى والمادة ٦٨ من التقنين الألمانى والمادة ١٥٦ من التقنين اللبائى والمادتين ١١٨١/٩٤٥ من التقنين التونسى والمراكشى) . » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥ ) .

(٢) وقد رأينا ما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : « واستبدلت . . . عبارة ( إذا كانت الظروف تبرر ذلك ) بعبارة ( إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك ) ، فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تحسناً مع ما تنهيه العدالة . » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨ ) .

**٨٨٢- نائب الفضولى :** وقد يعهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال القضاة كلها أو بعضها . سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه (١). ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً (٢) وبمناوبة المفاوض من الباطن إذا كان عملاً مادياً .

ويكون نائب الفضولى مسئولاً قبل الفضولى . ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة . بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة : (أولاً) على الفضولى لا عن خطئه هو فحسب ، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له . وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع (ثانياً) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون (٣) . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ إذ تقول : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه . دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع

---

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع إلهى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه ... » فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يعهد به إلى غيره . وقد عدل النص ، كما قدمنا ، فى المشروع التام على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ... » فتسع النص بذلك لحالة ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه . (٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصيل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى .

(٣) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يعطى لرب العمل هذه الدعوى المباشرة . فهى دعوى قد استحدثها القانون الجديد . وليس لهذا الحكم السندحدث أثر رجعى . فلما أوتى فصولاً عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ولكن يجوز القول ، تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) . بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان القانون الجديد .



مباشرة على هذا النائب» (١).

بقي أن تعرف هل يكون رب العمل — هو أيضاً — مسؤولاً عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولي ؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة ، كما وجد النص في حالة نائب الوكيل (٢) وفي حالة المفاوض من الباطن (٣) . فلا يجوز القول بها . ويبقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولي نفسه ويكون الفضولي ملتزماً نحو نائبه .

### ٨٨٣ — التضامن في المسؤولية عند تعدد الفضولي : ولما كان خطأ الفضولي

في الفضالة على النحو الذي قدمناه ليس بالخطأ التقصيري . فإن الفضولين في حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسؤولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن . وقد أورد القانون الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذي كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ٢١٠/١٤٩ قديم) . فجاء في الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتي : « إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضولين (٤).

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد الفضوليون في عمل واحد . أما إذا تولى كل فضولي عملاً مستقلاً عن عمل الآخر . فلا يكون هناك تضامن (٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يسأل الفضولي كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من يتببه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) .

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من القانون المدنى الجديد .

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من القانون المدنى الجديد .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وعند تعدد المتصددين لشأن واحد من الفضولين ، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن . ولما كان هذا الخطأ يفاير سنوه في نطاق المسؤولية التقصيرية ، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المتسولين بنص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) . أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعدد المادة ٧٠٧ من القانون المدنى الجديد .

(٥) وقد رأينا في الأعمال التحضيرية أن ذكر في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه « يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضولين » حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة أعمال — تحضيرية ٢ ص ٤٧٧) — وهذا وتضامن الفضولين حكم استحدثه القانون الجديد كما =

د . الالتزام الرابع - تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة :

٨٨٤- **النصوص القانونية:** تنص المادة ١٩٣ على ما يأتي: «يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به» (١) .

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتي :

١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعلن .

٨٨٥- **تطبيق هذه النصوص :** ويرتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتي :

١ - إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق رب العمل كما سبق القول . وإذا مضى الفضولي في تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل ، كما إذا استوفى حقاً ، فإنه يقبض الحق كوكيل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإذا قتل فعلياً فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه بالسعر القانوني ( أي : في المائة ) من وقت استخدامها ، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت

= رأينا ، فلا يكون له أثر رجعي . فلو أن الفضولين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسؤولين عنه بالتضامن . أما إذا قاموا بهذا العمل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسؤولين بالتضامن حتى لو قامت الفسالة قبل هذا التاريخ ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري ( effet immédiat ) .

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص كما هو في المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩ . كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك . ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٤٧٩ ) .

وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «يراعى أن الفضولي يلزم برد . استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به ، وهو من هذه الناحية أثره يلتزم به الوكيل» ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٤٧٩ ) .

الإعذار . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانوني تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

٢ - إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده باسمه الشخصي لصالح رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل كما سبق القول . ويجب عليه أن يمضي في العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء . فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف ، وقبض الفن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه ، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانوني من وقت استخدامه . وعليه أن يرده لرب العمل ، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار .

٣ - إذا قام الفضولي بعمل مادي ، كما إذا جنى محصولاً لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك . ولا يجوز له أن يستولي عليه لصالح نفسه ، وإلا ألزم بالتعويض .

## ٢٨ - ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام

(أهلية الفضولي - الأثر الذي يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل - تقادم التزامات الفضولي)

### ١ - أهلية الفضولي :

## ٨٨٦ - أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي يتولاه : حتى

تعيين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولي يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانوني وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فقد قدمنا أن أهلية الفضولي بالنسبة إلى هذا التصرف هي أهلية الوكيل ، فيكفي فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذي يتولاه . وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة في رب العمل الذي ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

وأما إذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسمه

الشخصي . فلا بد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذي يلتزم به كما رأينا . ولا يشترط في رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه .

## ٨٨٧ - أهلية الفضولي بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً

**أعمال مادية:** أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالاً مادية بالنسبة إلى رب العمل - وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التي يقوم بها الفضولي حتى التصرفات القانونية التي يعقدها باسمه أو باسم رب العمل - تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً مادية - فإن أهلية الفضولي للالتزام بهذه الأعمال تقتضي دائماً أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قدمنا القصد في أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هي بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات الفضولي أربعة . اثنان منها - المضي في العمل وإخطار رب العمل - لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز . فيجب على الفضولي ولو لم يكن بالغاً سن الرشد . ما دام مميزاً ، أن يعضد في العمل الذي بدأ فيه وأن يحظر به رب العمل متى استطاع ذلك . وإذا هو أخل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالاً بالتزام قانوني . واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسؤوليته التقصيرية كاملة . والالتزامان الآخران - بذل العناية الواجبة في إدارة العمل وتقديم الحساب - هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه . فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب . وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسؤوليته التقصيرية كاملة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتي : « إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به » ، ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع (١) .

(١) تاريخ النص : ورد النص بفقرته كما هو في المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأرجأت لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ البت في النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . =

ويستخلص من ذلك أن الفضولى إذا كان كامل الأهلية . كما - ولينه  
كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة في القيام بأعمال الفضالة وسر الالتزام  
بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية . فلا يكون مسؤولاً  
إلا بالقدر الذى أثرى به . فإذا ارتكب خطأ فى الفضالة : أو قصر فى تقديم

== ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٨) .  
وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد الفقرة الأولى من هذا النص  
. « بأتى : «تقتضى التزامات الفضولى - وهى التزام المضى فى العمل والزام بذل عناية الشخص  
المعتمد والزام بتقديم الحساب - تنافر أهلية التعاقد فيه ، ما دام وضعه يثبث وضع الوكيل من  
هذا الوجه . وتقريباً على ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من المشروع الفرنسى  
الإيطالى « بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلاً للالتزام بطريق الفضالة » .  
واستدرك النص فقرراً أن الفضولى يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يثرى  
بغير سبب . فإذا لم يكن الفضولى أهلاً للتعاقد ، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقاً لقواعد الإثراء  
بلا سبب وقواعد المسؤولية التقصيرية . فمسئوليته والحال هذه تقتصر على القدر الذى أثرى به  
على ألا يجاوز هذا القدر ما انتفى به رب العمل . ثم إن تلك المسؤولية ليس أساسها خطأ  
قوامه التفريط فى بذل عناية الشخص المعتمد ، بل يجب لترتيبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير  
مشروع من الفضولى متى كان بداهة غير مجرد من التمييز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢  
ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧) .

ونحن نأخذ على ما جاء فى المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ  
فى الفضالة ، ومسئولية الفضولى ناقص الأهلية عنه مسؤولية غير كاملة فى حدود الإثراء بلا سبب ،  
والخطأ التقصيرى ، ومسئولية الفضولى عنه مسؤولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية . ونأخذ  
عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى قد  
يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جيعاً أعمالاً مادية ، ثم فيما يتعلق بهذه  
الأعمال لم تميز كذلك بين التزام الفضولى بالمضى فى العمل والإخطار عنه والزامه ببذل العناية  
الواجبة وتقديم الحساب .

وعذرنا - ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية - أن هذه المسألة الدقيقة يضررب  
القول فيها عادة ، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأى . وقد استقر بنا الرأى بعد تمحيص  
على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٩ ص ٤٠٥ - الدكتور حشمت  
أبو ستيت فقرة ٥٦٢ - الدكتور أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد للنسخة الفرنسية  
ص ١٦٧ هامش رقم ٧ - الدكتور سمح في النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧ -  
والثون ٢ ص ١٥٨ - ص ١٤٩ - دى هلتس ٢ ص ٣٠١ فقرة ٤٦ - بلانيول وريبير  
راسمان ٧ فقرة ٧٢٩ - أوبرى ورو ٦ ص ٢٩٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ -  
كولان وكايتان ٢ ص ٧٢١ - ديميج ٣ فقرة ٢٩ - بلانيول وريبير وبلانيسيه ٢  
فقرة ١٢١٨) .

الحساب لرب العمل . أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك ، فلا يكون الفضولي ناقص الأهلية مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلاً وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب الفضولي خطأ تقصيراً خارجاً عن أعمال الفضالة - وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيري والخطأ في الفضالة - فتكون مسئولية الفضولي عن الخطأ التقصيري مسئولة كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق وفي دعوى الفضالة ، أن المثرى لا تشترط فيه أبة أهلية ، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز . أما المدفوع له في دعوى غير المستحق ، أو الفضولي في دعوى الفضالة ، فيشترط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب .

ب - أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي :

### ٨٨٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٤ على ما يأتي :

- ١ - إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ .
- ٢ - وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٨ من المشروع التهديدي على الوجه الآتي :

١ - تنقضي الفضالة بموت الفضولي ، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢ - ٣ - ولا تنقضي الفضالة بموت رب العمل ، ويبقى الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل في الصياغة يقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص النهائي ما يأتي :

- ١ - إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤ .
- ٢ - إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم . وأصبح رقم المادة ٢٠٠ في المشروع النهائي - ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخرها الفقرة الأولى كلفي « فقرة ٢ » ، واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ - ووافق مجلس النواب « لجنة كبار مدعي النيابة » تحت رقم ٢٠٠ - وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ ووافق =

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتي :

« وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » .

وبمخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين : موت الفضولي وموت رب العمل .

### ٨٨٩- موت الفضولي : تنقضي الفضالة بموت الفضولي كما تنقضي

الوكالة بموت الوكيل ، وبذلك تنقضي التزامات كل من الفضولي والوكيل . أما ورثة الفضولي فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلزم به ورثة الوكيل . وهؤلاء ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل . وباتخاذ التدابير المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال . وبذلك أيضاً تلزم ورثة الفضولي إذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفضالة . فعليهم أن ينحطروا رب العمل بموت مورثهم . وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

### ٨٩٠- موت رب العمل : هنا تختلف الفضالة عن الوكالة . فالوكالة تنقضي

بموت الموكل (م ٧١٤) ، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧ فقرة ١) . أما الفضالة فلا تنقضي بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما

على المادة دون تعديل بعد استبدال الرقم ٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم المادة ١٩٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠ - ٤٨١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « يظل الفضولي مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث . بيد أن التزامات الفضولي تنقضي على قبض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما تلزم به ورثة الوكيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠) .

كان قائماً بها شعر رب العمل . ولا يكفر أن يصح التفسير بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، كما تأمل ورثة الوكيل وكما تفعل ورثته إذا مات هو . بل يجب عليه أن يستمر في العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم .

والسبب في أن الفضايلة لا تنهى بموت رب العمل أن موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه . فهو فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى لانقضاء الفضايلة بموت رب العمل . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما ، فإذا مات الموكل لم يعبر الوكيل على البقاء في علاقة شخصية مع ورثة لم يفتق معهم على هذه العلاقة . أما أن كلا من الفضايلة والوكالة تقتضي بموت الفضولي أو الوكيل . فذلك لأن الفضولي أو الوكيل هو الذي يقوم بالعمل ، فلا محل للإلزام الورثة بما التزم به مورثهم .

#### ح - تقادم التزامات الفضولي :

**٨٩١-** تنص المادة ١٩٧ على أنه وتسقط الدعوى الناشئة عن الفضايلة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ، (١) .

ويستخلص من هذا النص أن الفضولي إذا لم يقم بالتزاماته ، بأن لم يرض في العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله ، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيماً أو بطريق التعويض .

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضايلة بأقصر المدتين : ثلاث سنوات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧١ من المشروع التمهيدي مع زيادة كلمة « بالتقادم » في صدر النص . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة « بالتقادم » تحت رقم ١٩٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٨٨ - ص ٤٨٩) . وحذفت كلمة « بالتقادم » لأن معنى التقادم واضح بعونها ، فلا ضرورة لها .



من اليوم الذي يعلم فيه رب العمل بحقه . أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق . ومدة التقادم هذه هي عينها مدة التقادم في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق .

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه في الدعويين الأخيرتين . من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة . ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتي عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم في هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه في الرجوع على الفضولي .

### المطلب الثاني

#### الالتزامات رب العمل

٨٩٢- ماهي هذه الالتزامات وما هو مصدرها : تنص المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل في حدود إدارته الحسنة ، فإذا حسنت هذه الإدارة ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها ، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها باسمه الفضولي ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها شخصياً ، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التي تسوغها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعرضه تعريضاً عادلاً عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ٢ - ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » - وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة « سوغتها » بكلمة « تسوغها » تحت رقم ٢٠١ في المشروع النهائي - ووافق مجلس النواب على النص =

ويتبين من هذا النص أن رب العمل ترتب في ذمته التزامات أربعة :

- ١ - أن ينفذ التعهدات التي عقدتها لعضوئي بالنيابة عنه .
  - ٢ - أن يعرض العضوئي عن التعهدات التي عقدتها هذا - سمه شخصياً .
  - ٣ - أن يرد إلى العضوئي النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها . وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به العضوئي يدخل في أعمال مهنته .
  - ٤ - أن يعرض العضوئي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .
- بقي أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة .

فأول التزام منها - وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التي عقدتها العضوئي بالنيابة عن رب العمل - مصدره النيابة القانونية . وهي نيابة أنشأها القانون بصريح النص في صدر المادة ١٩٥ إذ يقول : « يعتبر العضوئي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولم تحقق النتيجة المرجوة » .

== دون تعديل تحت رقم ٢٠١ - وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ اعترض على عبارة « في حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة » الواردة في أول الفقرة الأولى ، واقرحت الإحالة إلى الميار السابق النص عليه في المادة ١٩٨ . كما اقترح استبدال كلمة « لحسابه » بكلمة « باسمه » وحذف كلتي « كل » و « شخصياً » وعبارتي « التي سوغتها الظروف » و « تبريراً عادلاً » . كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة . فوافقت اللجنة على كل ذلك . وقد اقتضت الصياغة حذف كلتي « منها كان » والاستعاضة عنهما بعبارة « وفي هذه الحالة يكون » . وبذلك أصبح نص المادة كالآتي : « يعتبر العضوئي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولم تحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدتها لحسابه العضوئي ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يتحقق العضوئي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التي سبق لها أن حذفها وهي « التي سوغتها الظروف » ، وكتبت في تقريرها ما يأتي : « عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدعت فيها الفقرة الثانية ، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة « في حدود إدارته الحسنة » عبارة « متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي » حتى لا يتبادر إلى الذهن أن النص يأخذ بمعيار غير الميار الذي قرره المادة ١٩٨ ، وهذبت صياغة المادة تهذيباً لفضيا يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقها ١٩٥ » .

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية : ٢ من ٤٨٢ - ٤٨٥) .

والالتزامات الثلاثة الأخيرة - تعويض الفصول عن التعهدات التي عقدها باسمه - ورد النفقات والأجر - وتعويضه عن الضرر - مصدرها الإثراء بلا سبب . ومن هنا تنصل الفضايلة بقاعدة الإثراء . ذلك أن الفصول بما أداها من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً ، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعرض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملاً ، لا في حدود إثراء رب العمل فحسب . وفي هذا يتميز الفصول عن المفتقر لمصلحة الغير ، لأن الفصول متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا .

ونستعرض : (أولاً) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام ، تتعلق بأهلية رب العمل ، وبالأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت الفصول ، وبتقادم هذه الالتزامات .

## ١٤ - التزامات رب العمل الأربعة

١ . الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفصول بالنيابة عنه :

**٨٩٣-** رأينا أن الفصول قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل . فإذا كانت أركان الفضايلة متوافرة في هذه الحالة ، فإن الفصول يعتبر نائباً عن رب العمل . وهذه النيابة قانونية تقررت بنص في القانون كما رأينا ، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهي نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة . وينبئ على ذلك أن العقود التي يبرمها الفصول بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل ، في الحقوق التي أنشأتها وفي الالتزامات التي رتبها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذه العقود أو المدين . وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذه العقود . ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التي تقوم عليها الفضايلة (١) .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلزم رب العمل أولاً بالوفاء بما تعهد به الفصول . وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين : فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفصول باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه . انظر =

ب . الالتزام الثاني - تعويض الفصول عن اشتبهات التي عقدها هذا  
باسمه شخصياً :

٨٩٤- قدما أن الفصول قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل .  
فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فينشئ عقد  
المقاول في ذمة الفصول التزامات نحو المقاول . فيلتزم رب العمل في هذه الحالة  
أن يعرض الفصول عن هذه الالتزامات . وإذا كان الفصول هو الذي يؤديها  
للمقاول ، فإنه يرجع بما يؤديه على رب العمل ، مضافاً إليه الفوائد بالسعر  
القانوني (٤ في المائة) من يوم أن أدى ، ذلك أن الالتزامات التي أداها تعتبر  
نفقات ترد بفوائدها على ما سري .

كذلك السكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلي . فكفله متطوعاً .  
لا مأموراً بالكفالة ولا منهاً عنها . يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن . أن  
يوفي له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلي . فإذا أدى الدين للدائن . رجع  
بدعوى الفضاة على المدين بما أداه . مضافاً إليه المصروفات والفوائد

هذا مباشرة بمقتضى النية القانونية التي تنشأ عن الفضاة ، وهذا يصبح رأساً دائماً أو مديناً  
لن تعاقد منه الفصول . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣ ) .

هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلة في العهد الأول ما بين الفضاة والإثراء بلا سبب  
عندما قضت بما يأتي : « الأوراق المالية التي جعل لها غوردون باشا سعراً إجبارياً في أثناء  
حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هي أوراق نقدية حقة . ولا كان إصدار الأوراق  
النقدية هو من حق الحكومة وحدها ، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا ، فإن هذه  
الأوراق لا يتمتع بها على الحكومة المصرية . ومع ذلك يجوز لحامل هذه الأوراق المحسى النية  
أن يطالبوا برد قيمتها إذا تم أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لمملائها من المون والضائع  
ما يساوي هذه القيمة » . ( استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة  
١٣ ص ٢٢٤ ) . والظاهر أن المحكمة طبقت في هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن  
كانت لم تفصح عن ذلك . والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عند ما أصدر  
هذه الأوراق النقدية كان يعمل باسم الحكومة المصرية ، عن طريق الفضاة لأنه لم يتلق  
تفويضاً منها ، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحامل هذه الأوراق لأن غوردون  
باشا كان نائباً عنها في هذا التصرف القانوني ( أنظر مارافان المجلة المصرية سنة ١٩٤٩ عدد  
نابر وفبراير ص ٣٠ - ص ٣١ ) .

ح. الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر :

### ٨٩٥- النفقات الضرورية والنافعة: يلتزم رب العمل أن يرد للفضولي

« النفقات الضرورية والنافعة التي سوغها الظروف، مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها ». فإذا قام الفضولي بترميم منزل لرب العمل - فإنه ينفق في ترميمه مصروفات ضرورية . وإذا ما جنى له محصولاً يسرع إليه التلف ، فإنه يدفع أجر الأيدي العاملة بلحى المحصول . وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه . فيدفع مصروفات التخزين ، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف . كل هذه المصروفات الضرورية ، والمصروفات النافعة التي سوغها الظروف (٢) ، يرجع بها الفضولي على رب العمل . بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانوني (٤ في المائة) من وقت الإنفاق . وفي هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولي ، فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية (٣) . ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة ، فلا يجوز للفضولي أن يُفرض في هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً ، بل يجب أن يقف في هذا عند حد معقول

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً ، فإن أضاف المقتضى إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائماً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق المقتضى والزاماته إلى الفضولي . ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٨٣) . ويلاحظ أن المادة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية « وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب » إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القليلين .

(٢) وقد قضت محكمة التصفية الجزئية المختلطة بأن دعوى الفسالة تجعل للفضولي الحق في أن يسترد المصروفات النافعة ، ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها ، حتى لو كان النفع الذي كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازت ١٥ رقم ١٩٩ من ٣١٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولي الحق في استرداد المصروفات التي اختصتها أعمال إدارته ، مضافاً إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق ، أما في دعوى الإثراء فلا يسترد المدعي هذه المصروفات إلا في حدود ما انتفع به المالك ، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير سنة ١٩١٧ جازت ٧ رقم ٩ من ٢٦٠) .

لا يتقبل كاهل رب العمل عند الرجوع عليه بها (١) .  
ويلاحظ أن التزام رب العمل في رد النفقات إلى الفضولي يعدل التزام  
الموكل في رد النفقات إلى الوكيل . وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام  
الأخير على الوجه الآتي : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ  
الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق . وذلك مهما كان حظ  
الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة » .

**٨٩٦-المؤمر:** ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولي إذا كان العمل  
الذي قام به يدخل في أعمال مهنته . فالحمامي والطبيب والمهندس إذا قام أحد  
منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصاحبة الغير استحق أجراً على عمله .  
فوق المصروفات التي أنفقها . هو الأجر المعتاد مثله .

أما إذا كان الفضولي قد قام بعمل لا يدخل في أعمال مهنته . كطبيب  
رغم منزل جار له . فإنه لا يأخذ أجراً على عمله . ويقتصر على استرداد  
المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذي قدمناه (٢) .

ويلاحظ أن الوكيل كالفضولي لا يستحق في الأصل أجراً على عمله . وهو  
كالفضولي أيضاً في أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة  
في أعمال مهنته . ويختلف عن الفضولي في أنه قد يتفق مع الموكل على أجر .

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا آوى صاحب فندق عاملاً جرحاً في حادث  
وعالجها ، وقد مات أحدها وشق الآخر ، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل  
بجميع نفقات المأوى والعلاج ، دون تفريق بين نفقات من مات ونفقات من شق ، وليس  
لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على المد الرأب ، وأن يطالب بإقصائها إلى  
التدبر الجزائي الذي حدده قانون العمل الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية  
في ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ١٣٧ - وانظر أيضاً تعليلاً على الحكم في  
مجموعة كابتان في الأحكام الرئيسية للقضاء المدني باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ - - ص ٤٢٧) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :  
« والأصل أن الفضولي لا يستحق أجراً على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب  
العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإغاث الحقيقية  
بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن  
في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فتدفع له من حقه  
أن ي . . . إلى هذا الصدد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) .

ولا يتصور هذا الاتفاق في حالة الفضولى مع رب العمل . وفى هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ : «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

د . الالتزام الرابع - تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه :

**٨٩٧ -** قد يلحق الفضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل ؛ يطفىء حريقاً فيتلف أمتعة مماوكة له ، ينقذ شخصاً موشكاً على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه ، بمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة . فإذا كان الضرر الذى أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها أثناء القيام بعمله ، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه (١) .

ويلاحظ أن حق الفضولى في تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل في ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه «يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً» . ويلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل ، بأن قام فضولى مثلاً بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع . فلا تضامن بين أرباب العمل المتعديدين في التزاماتهم نحو الفضولى . إذ لا تضامن دون نص . وقد ورد النص في تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وفي تعدد الوكيل (م ٧٠٧) ، وفي تعدد الموكل (م ٧١٢) ،

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا العدد ما يأتى : «ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولى تعويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل . ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولى إيقاده من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية . ويقوم حق الفضولى في اقتضاء التعويض على ما يمثل في الضرر الحادث له من إضرار » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٤) .

وتطبيقاً لحق الفضولى في اقتضاء تعويض عن الضرر الذى يلحقه ، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسانى قطار بئذ جهداً غير عادى لانتفاء حادث ، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصى جملة غير صالح للخدمة ، بأنه ، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة ، يحق له بختنقى المبدأ المقرر في المادة ١٤٤ من القانون المدنى (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الخسارة التى درأها عن مصلحة الكفة الحديدية بانقائه حادثاً جسيماً للقطار وفى مقابل ما أصاب تحت من الضرر بسبب هذا الفعل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص ١٣٠ - المحرق ٥٥ ص ٩٩) .

ولم يرد في تعدد رب العمل . والعلة في ذلك أن أبواب العمل إذا تعددوا  
فل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن .

## § ٢ - ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

(أهلية رب العمل - الأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت  
الفضولي - تقادم التزامات رب العمل )

### ١ - أهلية رب العمل :

٨٩٨- لا تشترط أبة أهلية في رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد  
والمعجور عليه بل وغير المميز ، إذا قام فضولي بعمل لمصلحتهم ، التزموا  
عمومهم بالتزامات التي تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصلرها  
الإثراء بلا سبب كما قدمنا . وقد رأينا أن المثرى يلتزم برد ما أثرى حتى لو  
كان غير مميز . ونردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول :  
« أما وب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد (١) » .  
ويوضح أن يكون رب العمل شخصاً معنوياً ، كشركة أو جمعية أو مؤسسة  
أو جهة وقف .

ويلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه ،  
فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى ينصرف  
إليه مباشرة أثر التصرف . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك :

ب - أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل :

٨٩٩- لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما  
ما يترتب من الالتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضي فيه أهلية ما ، فتصح النيابة القانونية من  
طريق الفسالة ولو كان الأصل غير مميز . وفي هذه الصورة يلزم الأصل بأداء ما عمل الفضولي  
من نفقات وتمويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال  
التحضيرية ٢ ص ٨٧) . ويلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة « بمقتضى قواعد الإثراء بلا  
سبب » يراد بها أن يكون التمويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التمويض يكون  
أقل القيسين .



التزامات رب العمل ، كما ورد النص الذى يبين هذا الأثر فى التزامات الفضولى (م ١٩٤) . فيجب هنا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى النتائج الآتية :

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى فى تركته واجبة للفضولى ، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولى ،بقى رب العمل ملتزماً نحو ورثته . فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنافعة وأجر الفضولى إذا استحق أجراً ، ويعوضهم عن الالتزامات الشخصية التى عقدها الفضولى باسمه وعما لحق به من الضرر . وكل هذه الحقوق تدخل فى تركة الفضولى وتنقل إلى ورثته بعد موته .

#### ح - تقادم التزامات رب العمل :

٩٠٠ - سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧ ، وهى تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الفضول بحقه ، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه حق الفضولى . فالدعوى التى يرفعها الفضولى لمطالبة رب العمل بحقوقه ، من استرداد المصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك ، تتقادم بأقصر مدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق . وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولى بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتى عشرة سنة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى مواطن متعددة .

أما فى الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات ، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين (١) .

(١) وقد كما تقدمت المقارنة فى مناسبات متفرقة بين الفضالة والوكالة ، وإذ فرغنا من الكلام فى الفضالة نلخص هذه المقارنة فيما يأتى :

تقرب الفضالة من الوكالة فى أن كلا منهما مصدر للنيابة ، وفى أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أجيبت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بنى يعمل بعد انتهاء الوكالة . ويختلفان فى أن مصدر الفضالة عمل ماضى ومصدر الوكالة اتفاق ، ومن ثم فلفضالة مصدر نيابة قانونية ، أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية . ويختلفان كذلك فى أن عمل الفضولى قد =

== يكون تصرفاً قانونياً ، وقد يكون عملاً ملحقاً . أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .  
هنا من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الوكالة فتقوم الفروق  
بينها فيما على اعتبار جوهرى : هو أن رب العمل لم يغير القسوى ولم يهد إليه في أن يقوم بعمل  
ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه في أن يقوم بعمل وكله فيه . تلك كانت التزامات  
القسوى أشد قليلاً من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات  
الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متقاربة . ويظهر ذلك من التفصيل الآتى :  
١ - يلتزم القسوى بالمضى في العمل الذى بدأه . أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع  
في الوكالة .

٢ - يلتزم القسوى بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك . وهذا الالتزام غير متصور  
في حالة الوكيل .

٣ - يلتزم القسوى ببذل عناية الرجل المعتاد ، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ . أما الوكيل  
فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً ، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية  
التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٢٠٤) .  
٤ - لا يعتبر القسوى تابعاً لأرب العمل . أما الوكيل فقد يعتبر تابعاً للموكل ، فيكون هنا  
مشوياً عنه مسؤولية التبوع عن التابع .

٥ - يرجع رب العمل مباشرة على نائب القسوى ، ولا يرجع نائب القسوى مباشرة على  
رب العمل . أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٦ - إذا تعدد القسويون قام بينهم التضامن ، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا  
تعددوا . أما في الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م ٢٠٧ و م ٧١٢) .

٧ - يلتزم القسوى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفسالة وتقديم  
حساب عما قام به . وعليه ، كما على الوكيل ، فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت  
استخدامها وفوائد ما تبقى في ذمته من وقت أن يندثر .

٨ - يتصرف أثر العقد الذي أبرمه القسوى أو الوكيل ، باسم رب العمل أو الموكل ،  
مباشرة إلى هذين .

٩ - تنفى الفسالة والوكالة أيضاً في أن القسوى أو الوكيل يندثر ما تسكفه من التزامات  
ومصروفات ، ويمرض عما أصابه من ضرر ، ويتقاضى فوائد ما أفق من وقت الإحراق . ولكن  
قد يكون حق القسوى في استرداد المصروفات النافعة التي سوغتها الظروف أضيق قليلاً من حق  
الوكيل في استرداد ما أفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد - كذلك في الأجر . يأخذ الوكيل  
أجراً إذا اتفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت الوكالة في أعمال حرته ، أما القسوى فلا  
يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفسالة في أعمال حرته ولا يتصور في حاله الاتفاق على الأجر .

١٠ - أهلية القسوى تتراوح بين التمييز والأهلية السكامة على تفصيل يختلف به عن  
الوكيل . ورب العمل يختار بين الموكلي في الأهلية ، إذ لا تشترط فيه أهلية ما ويشترط في  
الموكل أهلية التصرف الذي وكل فيه .

١١ - موت القسوى يقضى الفسالة ، ولا يقضيها موت رب العمل ، أما الوكالة فتقضى  
بموت كل من الوكيل والموكل .

١٢ - قد تقضى الالتزامات الناشئة عن الفسالة بأقل من خمس عشرة سنة . أما الالتزامات  
الناشئة عن الوكالة فلا تنقادم إلا بخمس عشرة سنة .



الباب الرابع

القانون

**LA LOI**



## تمهيد

٩٠١- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٨ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

والالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظريته العامة في هذا الصدد ما يأتي : « أوجز المشروع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالالتزامات التي تصدر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١- الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها . ٢ - ولا تشترط أية أهلية في هذه الالتزامات ، ما لم يوجد نص يفسى بخلاف ذلك . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها ، وأصبح النص رقم المادة ٢٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رؤى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل ، ولكن اللجنة لم تخطع فى ذلك برأى بات . وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو ، وأصبح رقمه ١٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ - ص ٤٩٣ ) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « كل التزام أياً كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جبراً . فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إرثاً بلا سبب ، وورد فى مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على تقييد ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى آن واحد . وبراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدرأ وحيداً يشكّل بإنشاء الالتزام رأساً ، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه . وقد ساق التفتين البنائى فى معرض التمثيل للالتزامات التي تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإختار على بعض الأصهار . وقد تقدم أن التزامات الفضولى ، فيما يتعلق بالمضى فى العمل والعتابة المطلوبة وتقديم الحساب ، كلها ينشأها القانون رأساً ، ويفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام . » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ ) .

عن نص القانون مباشرة . وقد حداه على ذلك ما هو ماحوظ في ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها . فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشئ له بتعيين مضمونه وتحديد مده . فرجعها جميعاً أحكام التشريعات الخاصة بها (١) .

## ٩٠٢- كيف يكون القانون مصدر مباشر للالتزام : كل التزام مصدره

القانون . فالالتزام المترتب على العقد ، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع ، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب ، كل هذه التزامات مصدرها القانون . لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها ، وحدد أركانها ، وبين أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر ، هو الذي رتب عليه القانون إنشاءها . فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ثلاثة : (١) تطابق إرادتين : فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام ، في الحدود التي بينها القانون ، ينشئ هذا الالتزام . ويكون مصدره المباشر هو العقد . والقانون مصدره غير المباشر . (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير فكل خطأ يصدر من شخص . ويلحق ضرراً بشخص آخر ، يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر . ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع . والقانون مصدره غير المباشر . (٣) إثراء دون سبب : فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر . ولم يكن للإثراء مصدر قانوني يستند إليه . يلزم المثرى بتعويض المفقتر . والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب . والقانون مصدره غير المباشر .

وبلاحظ في هذه المصادر المباشرة للالتزام - العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب - أن القانون اختار عملاً قانونياً . هو العقد . وعلماً . هما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب . وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . فبقي قام عمل منها نشأ الالتزام . دون تمييز بين حالة ، حالة فالعقد مصدر عام للالتزام . سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو

فرضاً أو إيجاباً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة . وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى . وأياً كان الالتزام الذي ينشأ من عقد معين ولم يخص القانون حالة دون حالة في جعله العقد مصدراً للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام . يستوى في ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل : أو حادثاً من حوادث العمل . أو خطأ في أعمال المهنة . أو عملاً يخل بالشرف والاعتبار . أو منافسة غير مشروعة . أو تعسفاً في استعمال الحق . أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة . ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام في حالات دون أخرى . بل جعله مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات . والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام ، لا فرق في ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى . ولا بين افتقار إيجابى وافتقار سلبى . ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية . ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل المضوى . ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة . بل عممه عليها جميعاً . وجعله فيها كأنها مصدر للالتزام .

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة . ويرتب في كل حالة منها التزاماً . يستند حتماً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى . ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام في هذه الحالة وفي غيرها من الحالات — كما فعل في المصادر المباشرة — بل كواقعة تنشئ الالتزام في هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام في هذه الحالة الخاصة كان هناك شيء من التجوز . فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام . إذ أنشأه ، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات . وحدد نطاقها . ورسم مداها . ورتب عليها حكمها . قلنس القانونى لا العمل القانونى ولا العمل المادى — هو المصدر المباشر للالتزام (١) .

(١) ففي الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام ، ثم تأتي القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر . أما في الالتزامات القانونية . والقانون —



فعل القانون ذلك في بعض الوقائع المادية وفي بعض الأعمال القانونية ،  
ففي حالات خاصة . بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل  
قانوني ، وأنشأ في هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر .  
أما الحالات الخاصة التي تستند إلى واقعة مادية ، فهي التزامات الأسرة  
والتزامات الجوار والتزامات الفضولي والتزام حائز الشيء بعرضه إذا كان  
محلاً للنزاع (١) . وأما الحالات الخاصة التي تستند إلى عمل قانوني ، فهذه  
كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale) ، كالإيجاب الملزم  
والوعد بجائزة (٢).

ويستخلص من ذلك أمران : (أولاً) : القانون هو مصدر مباشر لبعض  
الالتزامات . ومن ثم لاسيلاً إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص .  
فالنص القانوني وحده هو الذي ينشئ هذه الالتزامات ، وهو مصدرها  
الوحيد . (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذي يتكفل بتعيين أركان الالتزام  
القانوني وبيان أحكامه .

ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

---

= هو المصدر الأول والآخر ، والنص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند  
في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر .

ونرى من ذلك أن القانون يتبعى وصايته على بعض الوقائع التي تكون مصدراً للالتزام ،  
فيسلك برزخاً ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو في الوقت ذاته يحرر  
بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجعلها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هي العقد والعمل غير  
المشروع والإثراء دون سبب .

(١) أنظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد ، وقد حذفها لجنة  
المراجعة ، وسنعود إليها فيما يلي . هنا ولاحظ أن التزامات رب العمل ، بخلاف التزامات  
الفضولي ، لها مصدر عام هو الإثراء بلا سبب .

(٢) وسنرى فيما يلي أن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد  
هي التزامات أنشأتها نصوص خاصة ، فهي التزامات قانونية . ولم ترق الإرادة المنفردة في  
القانون الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، بالرغم من إفراد فصل خاص لها .

## المبحث الأول

النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى

٩٠٣- هل هناك سياسة تشريعية نزعاً لها القانون في إنشاء الالتزامات

القانونية : رأينا أن المصلح المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدتها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأينما نجد نصاً ينشئ التزاماً ، فثم التزام قانونى . وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تخلقها هذه النصوص تحكماً ، دون أن تكون هناك في إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانونى ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعى .

وهذا هو الظاهر . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع في إنشاء الالتزامات القانونية ، كما يخضع في إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطعمها عن شعور أو عن غير شعور . ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية في إنشاء الالتزامات القانونية .

### المطلب الأول

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤- الالتزامات الطبيعية: بديهي أن الإنسان يلتزم بإرادته في الحدود

التي يسمح بها القانون . فالالتزام الإرادى لا عناه في تبريره . وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة ، فالقانون هو الذى أوجده .

والقانون في إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل في حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية . ولكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها ، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى في الصياغة القانونية ، أهمها أنه لا يستطيع

أن بصوغ التزاماً مبهماً غير محدد ، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه . فهو لا يستطيع مثلاً أن ينشئ التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة . مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى في دائرة الآداب والاجتماع . ويتناول القانون في رفق بعض نواحيه ، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده ، ويصوغه التزامات قانونية . فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون .

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان في الالتزامات السلبية ، لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة . فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة . قال في الأول منهما : لا تضر بالغير دون حق ، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام . وقال في الثاني : لا تثر على حساب الغير دون سبب ، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر .

وهنا وقف القانون . ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالقاعدتين الأوليين . ذلك أنه كان يقرر في هاتين القاعدتين التزامات سلبية . فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية ، ومن النهي عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة ، فثم العسر والتحكم ، إذ تختلط الحدود ، ونهبهم الضوابط .

#### ٩٠٥ — الالتزامات الإيجابية: على أن القانون لم يسعه أن يقف عند

هذه الحدود السلبية ، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولسكن في كثير من الأناة . وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول في عبارة عامة : لا تضر بالغير ، ولا تثر على حساب الغير . فإنه لم يستطع أن يقول : ساعد الغير . في عبارة لها ذات العموم والشمول . قال : ساعد الغير ، ولسكن في مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها .

فبدأ بمن ساعد الغير فعلاً من تلقاء نفسه — الفضولي — وقال له عليك أن تحض في عملك ما دمت قد بدأت به . وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة . عليك أن تقدم عنه حساباً . هذه هي الالتزامات القانونية التي ترتبها النصوص في ذمة الفضولي . ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا .

تم سار خطوة أوسع ، وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم في ذلك التزامات محددة إلا في نطاق محدود : نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوتى الاتصال ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة . ونطاق أصحاب المهنة ، ونطاق الجمعيات والنقابات ، بل نظر في حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة .

أما في نطاق الأسرة ، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة . من ذلك التزامات الزوجية . والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة . والالتزام بالنفقة . وغير ذلك من التزامات الأسرة . وكلها تقوم على التضامن الواجب فيما بين أفرادها .

وأما في نطاق الجوار ، فهناك التزامات سلبية . كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران . وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة وهناك التزامات إيجابية . كالتزام الجار نحو جاره في الشرب والحجى والمسيل والمرور ، وكالاتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار ، وكالاتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد .

وفى نطاق المهنة . أوجد القانون فى ذمة رب العمل التزامات نحو عماله فى تعويضهم عن مخاطر العمل . وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم ، وينخرطون فى سلك هيئة واحدة .

وفى نطاق الجمعيات والنقابات . أنشأ التزامات مختلفة فى ذمة أعضاء هذه الجمعيات والنقابات تقوم على التعاون فيما بينهم .

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة . فأنشأ التزامات فى ذمة أفرادها نحو الدولة ، أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

والقانون فى كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة : لا ينشئ التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعى : ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم .

معروف المدى، منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبي إلى النطاق الإيجابي . فانتقل من الالتزامات العامة التي يكون مصدرها المباشر واقعة مادية . إلى الالتزامات القانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة .

## المطلب الثاني

### الالتزامات القانونية التي تستند إلى الإرادة المنفردة (\*)

٩٠٦- هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تخلق التزاماً<sup>(١)</sup> : رأينا فيما تقدم أن العقد ، وهو تطابق إرادتين . يعتبر مصدراً عاماً للالتزام . فما هي قيمة الإرادة المنفردة . وهل تستطيع أن تخلق التزاماً ؟ وإذا كانت تخلق التزاماً ، فهل هي كالعقد مصدر عام للالتزام ، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محدودة بمقتضى نصوص قانونية خاصة ؟

لا شك في أن الإرادة المنفردة ، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، تنتج آثاراً قانونية مختلفة. فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالزول عن حق ارتفاق أو حق رهن ، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة . وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل

(\*) بعض المراجع في الإرادة المنفردة : ديموج في الالتزامات ١٨٠٠ و ما بعدها — سالي

الالتزامات ١٣٨ — فقرة ١٤٤ — ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — جيهيه (Guilhaire) رسالة من رن سنة ١٩٠١ — إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — تالاندييه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ — كولديرج (Coldberg) رسالة من فانس سنة ١٩١٣ — مارسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — تارد (Tard) في تطورات القانون من ١١٩ و ما بعدها — ديجيه (Duguit) في تطورات القانون الخامس — نظرية العقد لدولت فقرة ١٨٠ — فقرة ١٩٦ — الدكتور حلمي هجت بدوي بك فقرة ٧٥ — فقرة ٧٨ — الدكتور حشمت أبوسيت بك فقرة ٤٠٤ — فقرة ٤١٤ .

(١) تنقل مايل عن نظرية العقد لدولت فقرة ١٨٠ — فقرة ١٨٥ .

الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصي (الالتزام) أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد تستط الحق الشخصي بالإبراء ( م ٣٧١ ) . وبقي أن نعرف هل هي أيضاً تنشئ الحق الشخصي ؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة في القانون المدني الجديد ، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني لا يكون مصدره إلا عقد أو توافق إرادتين . أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقها وقضاء في فرنسا (١) وفي مصر في عهد القانون القديم (٢) . ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً . وعلى رأس القائمين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيغل (Siegel) . فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الحرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام . فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر . ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم . فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه . وقد انتصر لهذه النظرية غير سيغل من الفقهاء الألمان كثيرين (٣) . وسائر الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين (٤) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨ م ٣٦ - م ٣٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٢ - لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ - ديغولمب ٢٤ فقرة ٤٥ - ييدان في الالتزامات فقرة ٥٨ . محكمة النفس الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٨ - ١ - ٤٠٤ .  
(٢) والتون ١ م ١٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ - وفي ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٣٢٢ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ .  
(٣) أنظر جاكوبي (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكين (Koppen) وماثريمان (Mannesmann) وهولتسندورف (Holzendorff) في المراجع المشار إليها في نظرية العقد للمؤلف م ١٨٦ هامش رقم ١ .

(٤) أنظر تارد (Tarde) في تطورات القانون م ١٢٠ - دوج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ م ٥٥ - ٢ فقرة ٥٥٣ - كولان وكابيتان ٢ م ٢٧١ - م ٢٧٢ - ورمز في رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١ .  
والأستاذ ورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة في فرنسا ، إلى -

وبسند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية . (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن ينسحب لما صدر القانون . فلا يمكن بغير الإفادة المنفردة أن تفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور . أى لغير شخص معين . وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل . أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته . ففي كل هذه الفروض . وهى فروض تقع كثيراً في العمل . لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين . فالتقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً . ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة . وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة . بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد . فإن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب . ثم يتلوهُ الآخر فيظهر القبول . فالإيجاب والقبول يتعاقبان . فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان . فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول . وهذا محض فرض نأخذ

حاجب الأستاذ سالى الذى تولى نشر النظريات الألمانية في كتابيه المعروفين ، الالتزامات في قانون الألمانى والإعلان عن الإرادة . وقد تشجع الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشجيع ، وهو يرى أن التطور التاريخى للإرادة ، باعتبارها منفصلة للالتزام ، يدل على أنها تخلصت تدريجاً من الأوضاع التى كانت تحوط بها ، وأن لها أن تسخلص من ذلك جلة واحدة ، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من اشكالية لا يزال قائماً ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام . والدليل على أن الإرادة الواحدة هى التى تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل ، فإن العقد يتم رغمًا من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين ، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بصدته (رسالة الأستاذ ورمز من ١٦٥ و ١٧٩) . ويقول أيضاً إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدرًا للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب في المدة ذاته ، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً ، فلماذا لا نستطيع أن تكون هى وحدها مصدر الالتزام إذا اقررت بإرادة أخرى ، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقررة بإرادة أخرى أضعف من إرادة المنفردة ! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز من ٩٣) .

كما يأخذ بإرادة مفروضة تزعم أنها هي الإرادة الناصئة . والأولى أن تنجب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هي ، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقاً في ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام (adhesion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته . وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد . كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول . (٣) ثم إنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته . فالإنسان حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين . إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها . أما القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغائبة التي كانت تحد من سلطان الإرادة ، فقديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تنجبه إليه . فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية . وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه . ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام . بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتي : (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح . لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائماً دون إرادته . فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن . فامعنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائناً . فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد . (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة . فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وإن في مكنها أن تولد التزاماً ، وجب القول بإنشائها إنما تستطيع أن تقضى هذا الالتزام ، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تفعل . فطبع وحدها أن نحله . وبهذا يصبح



الالتزام من الزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته ، فيكون التزاماً منحللاً . (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهي تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد . وبث فيه بقرار هائى . وأعلن طفرة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذى يقع فى العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان فى أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر . وكل إرادة تؤثر فى الأخرى وتعديل من اتجاهها . حتى تتوافق الإرادتان . وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كمبراً ما تؤثر فيها وتتفاعل حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هى العقد ، فكلنا الإرادتين اشتركت فى تكوين الالتزام ، ولم تستقل إحدهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة .

والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين . نقف قليلاً لتقدير مبلغ ما فى نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدنا . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقد قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن ما دام المدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صبح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية . فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحدهما فى الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة

تنهى عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً ، ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك . ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر ، ولكن لاشك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه في النهاية . وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هذا إلى أن هناك أحوالاً كثيرة تقع في العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجري في عقود الإذعان .

فنحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها . ولسكتنا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية . ذلك أن الأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم في دائرة القانون . ولا حاجة لأن تقرن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام . ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب . بل من الناحية القانونية أيضاً . وما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ؟ يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة . ولكنه يستطيع أيضاً ، وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته ، أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة . فالالتزام الذي يعقده المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية . فالتظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه في أي وقت شاء ، والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أي التزام . ولا يوجد فرق عملي كبير بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه . بئى أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدته إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها . وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدته عند شخص معين ، هو الدائن ، ثقة مشروعة تجعله بطمئن إلى العمل بمقتضى

هذه الإرادة ، فإذا تحقق هذا الفرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة ، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهي إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والزول على مقتضاها في قصره . وسواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هي إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو العقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة . إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه في كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين ، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذي بني عليه كل منهما لا يزال مختلفاً . وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى نتائج ذات بال . ويكفي أن نشير هنا إلى أنه في الفرض الأخير الذي عالجناه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة ، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين ، أي عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم إن التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام ، ونحل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفصح مجالاً للإرادة المنفردة بين هذه المصادر ، وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة (١) . أما المشروع الفرنسي الإيطالي

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعقد ، عدا الأحوال التي ينس فيها القانون على خلاف ذلك . وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي : « إن الفرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لإنشاء الالتزامات ، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني . صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني) ، حذف هذا النص ، لترك المسألة لتقدير الفقهاء . وقد كان هذا يسبح القضاء ، مع تسكه بالنقائصة التقليدية ، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة . ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي . ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يثبت بها القانون ، حتى يكون من الشرر أن الحالات التي يسلم فيها =

فقد جعل من الإرادة المنفردة . إلى جانب العقد . مصدراً عاماً للالتزام (١) . وسرى الآر أن القانون المصرى الجديد نزع منهج القانون الألماني ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا في حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .

## ٩٠٧ - إلى أي حد أُنْزِلَ القانون المدني الجديد بالإرادة المنفردة

**مصدر الالتزام :** كان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد ينص في المادة ٢٢٨ منه على ما يأتي :

« القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد لؤادة منفردة يكون من المستطاع تصورهما على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة » ( الترجمة القرنية لقانون الألماني م ٣٠٥ )

هنا وقد احتاط المشرع الألماني في أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية . وفي هذا يقول سال : « إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كبدأ عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبدعها برنيز ( Brinz ) ، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للإرادة ، إذ يصعب ، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن نتبين هل هناك التزام بات جدى ، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به » ( الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٤٢ ) .

(١) وقد اقر المشروع الفرنسي الإبطال بقدر فصل خاص للإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام . ففضى في المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقرت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها ، وتطبق على الإرادة المنفردة القواعد التي تطبق على العقد عند القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي أن هذا النص كان مثاراً للنقائض بين أعضاء اللجنة الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن في تحرير هذا البند تعديداً جريئاً لا يتطلبه العمل ، ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فيه بسى الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسي ، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالي . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالي على أنه في العقود الملزمة لطانب واحد يعتبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، والتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القانون . ومن المفيد إدخاله في القانون الفرنسي ، فهو يفتح حداً للخلل في تعرف طبيعة بسى الأعمال القانونية ، هل هي عقود أو هي مجرد لؤادة منفردة ، كما في تطبيق القرار ، وهو في الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر من الشخص من وعد ، بالتعنى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً مقنونة لهذا التجديد ، فهي لم تسكف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المثل والاسب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة ( أنظر ص ٧١ - ص ٧٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة ) .

- ١ - إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة . فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه .
- ٢ - وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام .
- ٣ - ينشأ الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به ، ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور (١) .
- فكان هذا النص ، على غرار المشروع الفرنسى الإيطالى فى مادته الستين ، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، مثلها فى ذلك مثل العقد . وكان بشرط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة ، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت . أما إذا لم ترفض ، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت إليه ، شأنها فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى على العقد من أحكام ، فيجب توافر الأهلية ، وخلو الإرادة مما يشوب الرضاء من عيوب ، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة ، ووجود سبب مشروع . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ، ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣٨ فى الخامس .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، شرحاً لهذا النص ، ما يأتى :

١ - لاصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . فيجوز المدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا المدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام القواعد العامة . بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يتناز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول ، وهذا ما يفرقه عن العقود . فيكتفى لزومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرفضه منها . ولكنه يسقط فى حالة الرفض ، إذ لا يجوز أن يجبر أحد على أن يكسب حقاً على رغبة . وهو من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن العقد ، فالعقد لا يتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه . ومن الأهلية يمكن تبيين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم إلى مجرد الإيجاب . فمن المعلوم أن الإيجاب ، وإن كانت له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز المدول عنه ، لا بد أن يقتضى بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذى يراد ترتيبه . ٢ - ونفرض عندئذ شك فى معنى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد

ولو بقي هذا النص فانتقل إلى القانون المدنى الجديد ، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد . ولوجب أفراد باب خاص بها تعالج فيه على النحو الذى رأيناه فى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب (١) . ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة . وكان حذفه ، علولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً (٢) .

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ترد فى نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع فى سائر مراحل حتى أصبح قانوناً .

---

= الإيجاب . ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جاب واحد على عاتق الدائن الذى يدعى ذلك . ويكون الإثبات بالسكينة دائماً ، ولو كانت قيمة الوعد لا تجاوز عشرة جنيهات . وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التى يبقى الواعد خلالها ملتزماً بما وعد . ٣ - ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد ، تعين سريان أحكام العقود عليه . ويترب على ذلك وجوب توافر أهلية التعاقد فى الواعد ، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب ، وقيام التزامه على سبب وعمل تتوافر فيهما الشروط اللازمة . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة للمنفردة هى مصدر الالتزام . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ فى المالحش) .

(١) وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، محتذياً فى ذلك مثال المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر الأمر فى إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سرف تمدد أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأى بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة فى تكييف طبيعة بعض التصرفات ، كعرض الثمن على الدائنين القينة حقوقهم عند تطهير المقار » (للمذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) ، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالجهود استجابة لما يقتضى حسن النية ، (للمذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) فى نطاق التعامل ، ولكن هذا التجديد مهما يكن خطه من الجراءة ، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الإيجاب . ففى اعتراف للإيجاب بقوة الالتزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام النطق نفسه يؤدى إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه علم . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ فى المالحش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩ فى المالحش .

## ٩٠٨ - الالتزامات التي تفسرها الإرادة المنفردة في القانون المدني

المجدير هي التزامات قانونية، ومصدرها المباشر هو القانون: ولم تنبئ الهيئات المختلفة التي تعاقبت على نظر مشروع القانون المدني . منذ لجنة المراجعة ، لهذا التغيير الجوهرى في مصدر الالتزامات التي تنشأها الإرادة المنفردة . فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات ، وفقاً للمشروع التمهيدى . هي الإرادة المنفردة ذاتها . وقد ارتقت إلى مقام العقد ، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام . ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للإرادة المنفردة فصلاً خاصاً بها . كما عقد فصولاً خاصة للمصادر العامة الأخرى وهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . ولكن بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية . وبمقتضى نص خاص . لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام . وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقدره القانون . بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة ، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدوره القانون . وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة في المشروع التمهيدى . وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام . وهنا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله .

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ في التبويب . فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتى بعد الباب المخصص للعقد ، كما فعل القانون المدني الجديد ، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم في الالتزامات التي يكون القانون هو مصدرها المباشر . فنجعل الالتزامات التي تنشأها الإرادة المنفردة تدخل في هذا النطاق .

فالقاعدة إذن في القانون المدني الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد في نفس قوتى . ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر . وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه .

وقد وردت نصوص متناثرة في نواحي القانون تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة . فذكر من ذلك :

(١) الإيجاب الملزم . وقد ورد فيه النص الآتي (م ٩٣) : « ١ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتقض هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام في الإيجاب .

(٢) المؤسسات . وقد ورد فيها النص الآتي (م ٧٠ فقرة ١) : « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية » . فإرادة المنشئ المنفردة هي التي توجد المؤسسة . وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما في حياته . أو بعد موته بوصية . ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً . وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوي (١) .

(٣) تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً . وقد ورد فيه النص الآتي (م ١٠٦٦) : « يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نفداً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعدادة للوفاء بمبلغ

#### (١) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٣ - فقرة ٣٩٤ .

ومما يدل على أن إرادة المنشئ للمؤسسة قد أنشأت التزاماً في ذاته نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالمبة أو الوصية في خصوص الدعوى البوليسية ، نص في المادة ٧١ على أنه « يمتنع إنشاء المؤسسة بالنبة إلى دائي المنشئ وورثته بمثابة مبة أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة بالنبة إلى المبات والوصايا » . غير أن المبة لا تكون إلا عقد ، أما إنشاء المؤسسة فتكون بإرادة منفردة .

وكما نشأ المؤسسة بإرادة منفردة ، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها . وقد نصت المادة ٧٢ على أنه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يبدل عنها بسند رسمي آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ » . وبديهي أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها أيضاً حتى موت الموصي . شأنها في ذلك شأن كل وصية .



واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته في تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم لإعلانات على النحو المبين في المادة ١٠٦٥ .

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ . ولما كان هذا النص ينشئ التزاماً قانونياً أولى مكان يبحثه هو هذا الباب ، فسنولى بحثه تفصيلاً فيما يلي (١) .

---

(١) وبمثل في تطبيقات الإرادة المنفردة مقتضى للالتزام السند الحامله . وكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين صاحب وأول حامل للسند ، وهذا العقد هو الذي ولد الالتزام في ذمة صاحب . وقد حول الحمل الأول حقه إلى آخر ، وهذا إلى غيره ، إلى أن وصل السند إلى الخامس الأخير . إلا أن هناك فروضاً لا تنزل على هذا التكيف . فقد يكتب صاحب السند ، وقبل أن يسلمه لأحد يضع منه أو يسرق ، فتبذله الأيدي إلى أن يقع في يد شخص حسن النية ، فيكون لهذا الشخص الحق في استيفاء قيمته من صاحب . ولا يمكن أن يقال هنا إن صاحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل ، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائع أو لمأ سرقه . فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن تحول إلى صاحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً . كذلك إذا فرض أن صاحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداولت الأيدي السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزماً ، ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً في هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدر لالتزامه هنا . وقد نص القانون الألماني صراحة على الحلول التكملة ، فقضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تداولته الأيدي رغم إرادته بأي شكل كان . ونحى المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به ( نظرية العقد للوئف فقرة ١٩٥ ) .

أما التزامات القسولي فقد قلنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة ، بل من واقعة مادية هي أن يتولى القسولي شيئاً لرب العمل . ولا يكفي للالتزام القسولي أن يظهر إرادته في أن يتولى شيئاً لرب العمل ، مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، ما دام لم يتول هذا الشأن بالعمل . فالعمل المادي ، لا إرادة القسولي ، هو التي ينشئ في ذمة القسولي التزاماته المروفة .

وكذلك التزام التمتع نحو المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الاشتراط لمصلحة الغير .

## المبحث الثاني

النص هو الذي يعين أركان الالتزام القانوني ويبين أحكامه

### المطلب الأول

#### القاعدة العامة

٩٠٩- أركان الالتزام القانوني : رأينا أن النص هو الذي ينشئ الالتزام القانوني ، ويعتبر مصدراً مباشراً له . والنص كذلك هو الذي يعين أركان هذا الالتزام . وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم . فالرجوع إلى النص ، في كل التزام قانوني منها على حدة ، هو الذي يبين مدى هذا الالتزام والأركان التي يقوم عليها .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner) ، أو التزاماً بعمل (obligation de faire) ، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) . مثل الالتزام القانوني بالإعطاء الالتزام بالنفقة ، والالتزام بدفع الضرائب ، والالتزام بتعويض العامل عن غاظر العمل . ومثل الالتزام القانوني بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر ، والتزام الجار أن يشترك في وضع حد للملكة الملتصقة بملك جاره . ومثل الالتزام القانوني بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذي يستتر به جاره دون عذر قوى ، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران . والالتزام القانوني ، كسائر الالتزامات ، رابطة ما بين دائن ومدين . وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه . ولما كان القانون في الالتزام القانوني المبني على واقعة مادية هو الذي يعين هذا المحل على النحو الذي ينشأ ، إعطاء كان أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن المحل لا بد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة . فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركناً في الالتزام القانوني إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويرتب على ذلك أن الالتزام القانوني

لذى يقوم على إرادة منردة. كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة. يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع. وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً. وكذلك اخل في الالتزام القانونى المبني على الإرادة المنردة تعينه هذه الإرادة، فيجب في تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى المحل.

والأهلية إنما يجب توافرها فى الالتزام القانونى المبني على الإرادة المنردة. أما الالتزام القانونى المبني على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك. وقد كان هذا الحكم منصوباً عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية)» ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك. فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة (١). ومن الأمثلة على التزام قانونى مبني على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات الفضولى، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه «إذا لم تنوافر فى الفضولى أهلية التعاقد، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذى أثرى به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع». وكذلك ورثة الفضولى عندما أوجب القانون عليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٣ - وانظر أيضاً فقرة ٩٠١ فى الهامش. ولاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى وهى التى تقابل المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد، لم تعرض إلا للالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية، لأن الإرادة المنردة فى المشروع التمهيدى كانت مصدراً عاماً للالتزام كما قدمنا، فلم تدخل الالتزامات الناشئة عنها فى نطاق هذا الس. ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية فى الالتزامات القانونية.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فى صدد الأهلية فى الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية، ما يأتى: «وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالاً عن إرادة ذوى الشأن، فهى لا تقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين الثانى). ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات، مراعية فى ذلك أنها لا تنزب بعزل عن الإرادة. ومن هذا القليل ما يقع من الالتزامات على عائق الفضولى، إذ يشترط القانون لزمته أن يكون من تصدى لشأن من شؤون الغير تفضلاً أهلاً للتعاقد». (مجموعة أعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣).

وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل . اشترط النص (م ١٩٤ فقرة ٢ وم ٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيه الأهلية . وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية في الوصى أن يكون ذا أهلية كاملة .

**٩١٠- أمطام الالتزام القانوني :** وكذلك النص هو الذي يبين أحكام الالتزام القانوني . فيرجع في كل التزام إلى النص الذي أنشأ لمعرفة هذه الأحكام .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانوني ، كسائر الالتزامات ، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، وإلا انتهى إلى تعويض بقدر طبقاً للقواعد العامة . وقد تبين طبيعة الالتزام القانوني شيئاً من أحكامه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب في ذمته هذا الدين . ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مستقطعة لحكم النفقة ، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الأثر على تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذي كان واجب الأداء قبل الوفاة (١) .

**٩١١- تطبيقات مختلفة :** ونأتى ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذي يعين أركان الالتزام القانوني ويتكفل ببيان أحكامه . ويعين قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضروري أن يكون النص موجوداً في القانون المدني ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية . وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه .

فن الالتزامات القانونية التزامات الفضولى ، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التي أدرجتها ، ورأينا كيف أن هذه النصوص هي التي

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسبية ٢٦ رقم ١/١١١  
 من ١٩١ - واضر في القضاء المختلط في مناسبة دين النفقة التصريح عليه في القانون المدني  
 لتقديم (مراد ١٥٤ - ٢١٦/١٥٧ - ٢٢٠) تعليقات الأستاذ بطروروس على  
 القانون المدني التقديم جزء ٢ ص ٦٠١ - ص ٦٠٥ .

نعين أركان الالتزام وتبين أحكامه .

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب . وهذا الالتزام يرجع في تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من ضرائب المختلفة .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة . ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام . وهذه كلها يرجع في تعيين أركانها وفي بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية . وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية ، ثم إلى قانون المحاكم الحسبية .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار ، ويرجع فيها إلى نصوص القانون المدني في الكثرة الغالبة من الأحوال . وهذه التصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوع في الملك .

وكان المشروع التهديد للقانون المدني الجديد يتضمن نصاً ينشئ التزاماً قانونياً في ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، بأن يعرض هذا الشيء على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ولكن لجنة المراجعة حذف هذا النص لأنه أدخل في باب المرافعات (١) .

---

(١) بمجموعة الأعمال التعضيرية ٢ ص ٤٩٢ في المامش . هذا والنص المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التهديدى ، وكان يجرى على الوجه الآتى : ١٥ - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وتقديعها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له . ٢ - على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه . ٣ - ويكون عرض الشيء في المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يبين القاضى مكاناً آخر . وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع ثقاته مقدماً . والقاضى أن يعلن عرض الشيء -

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالتزامات قانونية مبنية على وقائع مادية .

سعى تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء بموئيد ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .  
وقد جاء - في النظرة العامة للذكورة الإيضاحية للمشروع التهديد ما يأتي : « ومع ذلك فقد روي أن ينس استثناء على الالتزام بتقديم شيء . ذلك أن هذا الالتزام لم يضر بمكان في سائر نواحي التشريع ، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وراعى أن هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن ما ورد من الأحكام في التقنين الألماني والسويسري . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في صدد هذا النص ما يأتي : ١ - يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنس القانون . ويختص ترتيب هذا الالتزام اجتناع شروط ثلاثة : ( أ ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصيا كان الحق أم عينياً . ( ب ) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء كان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . ( ج ) والثالث أن يكون فعلاً الشيء ضرورياً لبيت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، ويرجع تقدير هذه الضرورة للقاضي . فيجوز مثلاً للمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته به بعهده عليه ليدبت من ذابته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تحكيته من معاينة الترميمات التي أخرجها موثقه ، حتى يتسنى له أن يبين مدى حقه في الأخير مد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . ٢ - فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فعلاً الوثيقة قد يكون ضرورياً لا لبيت في وجود الحق المدعى به ونسب مداه ، بل لجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر ، عند الانتضاء ، بتقديم الوثيقة لمعكة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لشترى الأرس ، إذا تعهد بالودع بما بقى من عمن آلة زراعية ملققة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تفسياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ، ليستخلص منه الدليل على التصرف . ٣ - فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بمرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتسك الدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للاعتناع ، كالحرس على حرمة سر عائلي مثلاً . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون ثقات العرض على عائق من يطلبه ، ويجوز الزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تمويش ما قد يصيب بحرر الشيء من ضرر من وراء هذا العرض . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ و ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في المالحس ) .

وبعد أن حدد هذا النص الجامع ، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين عمدة لانتسح لما كان هذا النص ينسح له . من ذلك ما جاء في المادة ١٦ من قانون التجارة : « لا يجوز للمعكة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد التراكات وقسمه التراكات وفي حالة الإفلاس ، وفي هذه الأحوال يجوز للمعكة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . وما جاء في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز الخصم في الحالات الآتية أن يطلب لإزام خصمه =

. حيث الحال في الالتزامات القانونية المبينة على الإرادة المنفردة . وقد  
أوردنا طائفة منها فيما قدمناه . فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التي  
أنشأتها بتعيين أركانها وبيانات أحكامها . وقد رأينا تطبيقاً لذلك في الإيجاب  
الملزِم . وننتقل الآن لتطبيق آخر في الوعد بجائزة ، ونفرد له مطلباً خاصاً .

## المطلب الثاني

### تطبيق خاص

#### الوعد بجائزة ( الجمالة )

٩١٢ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٢ من القانون المدني  
الجديد على ما يأتي :

١ - من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين إلزم بإعطاء  
الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون  
علم بها .

٢ - وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده  
بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في  
الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ  
إعلانه العدول للجمهور (١) .

= تقديم أية ورقة متجة في الدعوى تكون تحت يده : ١ - إذا كان القانون يحيز مطالبته بتقديمها  
أو تسليمها . ٢ - إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت  
عمره لصحة الحصص أو كانت مثبتة لالتزاماتها وحقوقها المتبادلة . ٣ - إذا استند إليها خصمه  
في أية مرحلة من مراحل الدعوى . وما جاء في المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات الجديد :  
« يجوز المحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه  
بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في  
الواد السابقة » . أنظر أيضاً المواد ١٨٥ إلى ١٨٨ من قانون المرافعات الجديد .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٩ من المشروع القديم . وفي الوجه  
الذي وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين ، إلزم بإعطاء =

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناء على الإرادة المنفردة . فالنص يدور  
هو الذي يبين أركان هذا الالتزام القانوني ، وهو الذي يبين أحكامه .

= الجائزة لمن قدم بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة . ٢ - وإذا لم يحدد  
الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في  
حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد . ٣ - أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن  
نية قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن استعاج المشهود لم يكن ليتحقق ،  
يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يتجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتضمنت الدعوى  
باسترداد ما صرف باقتضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد .

وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاء بعبارة تنص في آخر الفقرة الثانية وإدخال  
بعض التعديلات اللفظية ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : ١ - من وجه للجمهور وعداً بجائزة  
يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى  
الوعد بالجائزة . ٢ - وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده  
بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . فإذا كان  
قد بدأ العمل دون أن يشته ، جاز المحكم له بتعويض عادل لا يتجاوز في أي حال قيمة الجائزة .  
وأصبح رقم المادة ١٦٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل .  
وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حرت مناقشات طويلة ، انتهت بأن أصادت اللجنة إلى  
الفقرة الأولى عبارة « أو دون علم بها » ، وهذه الإضافة تجعل النص أوضح لأن المقصود هو  
أن يلتزم من يعد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه ما دام الطرف الآخر قد قدم بالعمل الذي  
خصصت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد . وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة  
« فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يشته جاز المحكم له بتعويض عادل لا يتجاوز في أي حال قيمة  
الجائزة » ، وقد راعت اللجنة في الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلاً عن أن النص  
المشروع يفضي إلى منازعات كثيرة غير عادلة . وأضافت حكماً جديداً أدرجته في العبارة الآتية :  
« وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان المدول للجمهور » ،  
وقد راعت اللجنة في هذه الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استئثار الوعد  
بالجائزة بعد إعلان المدول وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة  
الإثبات ، ولذلك جعلت مدة سقوط ستة أشهر . وأصبح رقم المادة ١٦٢ . ووافق مجلس  
الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٨ - ص ٢٤٩ ) .

وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :  
« عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيقات من تطبيقات الإرادة المنفردة ، فنرض أحكام الوعد بالجائزة  
إذا وجه للجمهور ، وخالف المشروع الفرنسي الإيطالي بشأنها ، فلا يزال هذا المشروع متبياً  
على الأساس التعاقدى لذلك الوعد دون أن يشتم ذلك بتعليل شاف . وليس صحيحاً على وجه  
البيان أن يقال إن هذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصيصية تبادلية ، وأن  
الوعد لا يتم إلا برضا . يصدر من إرادتين ( المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي  
ص ٥٦ ) ، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إعطاء أحكام الوعد باشتراك إرادتين ، =



## ٩١٣ - أركان التزام الواعد بالجائزة . ويتبين من النص أن التزام

الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة بآنة ، وهذه هي الإرادة المنفردة . فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما في الإيجاب البات . ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به . وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه ، وأن تتجه إلى سبب مشروع .

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين : خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود . وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد من أن يقترن بها القبول ، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة . فتوجه الإرادة إلى الجمهور ، أى إلى أشخاص غير معينين بالذات ، هو الذى يكسو الوعد بجائزة طابعه الذى يتميز به .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علنى . ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان فى الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة فى الطرقات . والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علنى ، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة .

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل : (أولاً) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها . وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك . ولا شىء يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية ، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانياً) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة ، كالعنود على شىء ضائع أو وضع

= وهو ما يتحقق فى كل الأحوال . بل الجوهرى فى هذا الصدد هو إبراز وجه افراد الإرادة بترتيب التزام الواعد ، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان مجهول صدور الوعد . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦) .

أنظر فى نصوص القوانين الحديثة فى الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من القانون الألمانى وم ٨ من قانون الالتزامات السويسرى وم ٤ من المشروع الفرنسى الإبطال) نظرية العقد المؤلف بفرقة ١٩٠ .

أفضل تصميم هندسي أو النجاح في امتحان أو الفوز في مسابقة أو الاهتمام إلى دواء أو الاكتشاف عن اختراع أو نحو ذلك . ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد . ففي الحالتين يلتزم الواعد ، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى .

#### ٩١٤- أخطاء الالتزام - الوعد مبدئ له مرة : إذا اجتمعت الأركان

المتقدمة الذكر . قام التزام الواعد . وترتب عليه حكمه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب إنجاز العمل المطلوب في خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة .

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل في خلالها ، التزم نهائياً بإرادته ، ولم يكن له حق الرجوع . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب . انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد في هذه الحالة مسئولاً نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد . ولكن قد يكون مسئولاً نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب في خلال المدة المحددة ، أصبح من قام بهذا العمل دائماً دائباً للواعد بالجائزة الموعودة . سواء قام بالعمل عن رغبة في الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده الرغبة ، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها ، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها (١) . وهذا هو الذي يجعل الالتزام بالوعد التزاماً بإرادة منفردة ، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل ، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل وجود الجائزة . أو قام به قبل إعلان الجائزة . فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد ، ولا يبقى إلا أن يكون

---

(١) وقد أضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة « أو دون علم بها » لتشمل الفقرة « الصور التي تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد ، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ ) .

الواعد قد التزم بإرادته المنفردة (١) .

### ٩١٥- الوعد لم تحدده مدة : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل في

حالاتها ، التزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب في مدة معقولة (٢) استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها . أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها ، لأن الواعد إنما يلتزم . كما قدمنا . بإرادته المنفردة .

ولكن الواعد . ما دام لم يحدد مدة لوعده ، يكون له حق الرجوع فيه . ويكون الرجوع في الوعد بالعلانية ذاتها التي تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال ، في الفترة ما بين إعلان الوعد والرجوع فيه ، من أحد فرضين : فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب ، وإما أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ في تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه ، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل ، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة . ولكن لا بمقتضى الوعد الذي سقط بالرجوع فيه ، بل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية . ويرتب على ذلك أن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يجب التفريق بصد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد . ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئة وحدها ، دون أن يكون له أن يعمل عن وعده خلال المدة المحددة . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد . أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائئاً بالجائزة من فوره ، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلاً بالوعد . وفي هذا ما ينفي عن الوعد بالجائزة صفته العقابية ، فهذه الصفة ليست في رأى المشرع من مستلزماته » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ ) .

(٢) قول في مدة معقولة لأن التزم الواعد ، كما سترى ، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في وقت يندب فيه القيام بهذا العمل . وإذا وقع خلاف في تقدير المدة المعقولة فصل القاضي في ذلك

الرجوع على الواعد في هذه الحالة يتقدم بالمدة التي تنقضي بها المسؤولية التقصيرية أو ثلاث سنوات من وقت علم الدائن بنشر الذي أصابه وبالمسؤول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر (١).

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد ، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة ، ولم يؤثر في حقه رجوع الواعد في وعده . ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع . أي في وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً ، فأصبح دائئاً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل . ولا يؤثر في حقه هذا أن يكون قد قام بالعمل دون نذر إلى الجائزة ، أو أن يكون قد قام به وهو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة ، نرى جميع هذه الأحوال يكون الواعد ملتزماً بالجائزة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما في الحالة الثانية ، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه . ولكن يكون له أن يعدل به ، وفقاً للأوضاع التي صدر بها ، بأن يحصل المدول علناً بطريق النشر في الصحف أو اللصق مثلاً . ولا تخلو الحال في الفترة التي تمس بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فرض ثلاثة : ( أ ) فإذا لم يكن قد بدى في تنفيذ العمل المطلوب ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده . ( ب ) وإذا كان قد بدى في تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإنعام ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أخفقه ، على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يمتنع الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون . وتسقط هذه المسؤولية في حالتين : أولاً حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أخفقه باقتضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد ، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدى في تنفيذه قد تم ، إذ تعتمد في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد في وعده . وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان المدول وإنعامه بمد هذا المدول . ( ج ) ٥٠٠٠٠٠٠ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ - م ٣٤٠ ) .

وبلاحظ أن المشروع التمهيدى ( م ٢٣٩ فقرة ٣ ) كان ينص على ما يأتي : « أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف باقتضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد . وهذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن . وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص ، كما قدمنا ، على الوجه الآتي : « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يشه ، جاز الحكم له بتعويض عادل ، لا يجاوز في أى حال قيمة الجائزة . » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ و ٣٤١ ) .

وذلك بمقتضى إرادته المنفردة (١)

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة: (١) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل في خلال هذه المدة . (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل . (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع . وفي الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة ، لأنه التزام إرادي ولم يرد في تقادمه نص خاص . وفي الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها . والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هي مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription) ، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع والسبب في قصر المدة في الحالة الثالثة ، وفي جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم ، هو - كما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ - قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول ، وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة . وصعوبة الإثبات (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٤٠ ) . وجاء في المذكرة ذاتها ختاماً لهذا الموضوع ما يأتي :  
« وليس يبقى بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تفرعية خاصة ، وأغفل المشروع ذكرها ، مكتفياً في شأنها بتطبيق القواعد العامة . فالأداة ٦٥٩ من التقنين الألماني تنص على أنه : إذا فُقد العمل الذي بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد ، كانت الجائزة للأسبق . فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد ، كانت الجائزة سوية بينهم » . ( أنظر أيضاً المادة ١٧ من كل من التقنينين التونسي والمراشقي ) . وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألماني على أنه : إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها ، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل ، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة » . ويقضى التقنين البولوني في المادة ١٠٦ بطلان « الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة » ، إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً لتقديم في هذه المسابقة . ويكون للواعد الحق في تقرير ما إذا كان هناك عمل لمنح الجائزة ، ولأى عمل تمنح ، إلا إذا كان قد بين في إعلانه طريقاً آخر للفصل في نتيجة المسابقة . ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذي استحق الجائزة ، أو حقوق منتهية فيه ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٤٠ - من ٣٤١ ) .  
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٤٧ .

ويمكن القول . من ناحية التكليف القانوني ، إن الواعد بالخائزة رتب في ذمته التزاماً بإرادته المفردة - من وقت توجيها هذه الإرادة إلى الجمهور - لدائن غير معين أن يعطيه الخائزة إذا هوقام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في مدة معينة أو في مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالاً ، ولا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط . وهذا في غير الحالة الثالثة التي ورد فيها نص خاص جعل مدة التقدم ستة أشهر .



# فهرس مجمل مشمات الكتاب

صفحة

كلمة افتتاحية

## مقدمة : نظرة في التفنين المدني الجديد

كيف وضع - وكيف يكون نفسه - وما - تتحدث من أحكام - وما يرسم من اتجاهات عامة	١
(١) تنقيح التفنين المدني :	٢
١ - كيف قامت فكرة التنقيح	٢
أ) عيوب التفنين المدني القديم	٢
العيوب الموضوعية	٢
العيوب الشكلية	٧
ب) التنقيح الشاسن	٩
ج) الظروف التي نبت فيها فكرة التنقيح	١١
٢ - كيف حققت فكرة التنقيح ( انجان التي تعاقبت على	
تنقيح القانون المدني )	١٣
اللجنة الأولى	١٣
اللجنة الثانية	١٥
اللجنة الثالثة والأخيرة	١٦
(٢) القواعد التي قام عليها التنقيح :	٢٦
١ - كيف عولجت عيوب التفنين القديم	٢٦
أ) كيف عولجت العيوب الشكلية	٢٦
(أولاً) التويب	٢٦
(ثانياً) اللغة والأسلوب	٣٢
ب) كيف عولجت العيوب الموضوعية	٣٣
٢ - مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد	٣٤
أ) نصوص التفنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري	٣٤



صفحة

- ١ أولاً ما الذي استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر ... ٣٤
- (ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من القضاء المصري والتقنين المدني القديم ... ٣٦
- (ب) الفقه الإسلامي ... ٤٤
- (أولاً) ما الذي استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر ... ٤٤
- (ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف استخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً ... ٤٨
- (ج) التقنينات الحديثة ... ٥٠
- (أولاً) ما الذي استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر ... ٥٠
- (ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من التقنينات الحديثة ... ٥٢
- (٣) الفروق الجوهرية ما بين التقنينين القديم والجديد : ... ٥٨
- ١ - ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل ... ٥٨
- (أ) موضوعات كاملة ... ٥٨
- (أولاً) المؤسسات ... ٥٨
- (ثانياً) الإعسار المدني ... ٦٠
- (ثالثاً) حوالة الدين ... ٦١
- (رابعاً) تصفية التركة ... ٦٢
- (ب) مسائل تفصيلية متنوعة ... ٦٢
- ٢ - ما قن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل ... ٧٠
- (أ) الأحكام التي قررها القضاء المصري في ظل التقنين القديم دون نص فقتها التقنين الجديد ... ٧٠
- (ب) الأحكام التي كانت تقوم على نص تشريعي ... ٧٢
- نصوص كانت معيبة فهدبت ... ٧٢
- نصوص كانت في مكان آخر فنقلت إلى التقنين المدني ... ٧٢
- (٤) الاتجاهات العامة للتقنين الجديد : ... ٧٤
- ١ - موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ... ٧٤
- (أ) مبدأ سلطان الإرادة ... ٧٧
- (ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام ... ٨١
- (ج) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة ... ٨٣
- (د) التصرف المسبب والتصرف المجرد ... ٨٧
- ٢ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة ... ٨٨

صفحة

٨٩	...	...	...	...	١) المدنى الجديد بين الاستقرار وسقوط
٨٩	...	...	...	...	عوامل السقوط فى التقنين الجديد
٨٩	...	...	...	...	(١) المعايير لمرته
٩١	...	...	...	...	(٢) سلطة القاضى التقديرية
٩٣	...	...	...	...	عوامل الاستقرار فى التقنين الجديد
٩٣	...	...	...	...	(١) المعايير الموضوعية
٩٦	...	...	...	...	(٢) الإرادة الفاعلة
٩٦	...	...	...	...	ب) التقنين الجديد بين الفرد واجتماعه
٩٧	...	...	...	...	حماية التقنين الجديد للفرد
٩٨	...	...	...	...	حماية التقنين الجديد لاجتماعه

## الكتاب الاول

### من القانون لمدنى الجديد

#### الالتزامات بوجه عام

١٠٣	...	...	...	...	كلمة تمهيدية فى التعريف بالالتزام
١٠٣	...	...	...	...	١§ - تحديد مركز نظرية الالتزام فى القانون المدنى
١٠٦	...	...	...	...	٢§ - المذهبان الشخصى والمادى فى الالتزام
١١٢	...	...	...	...	٣§ - اختيار تعريف للالتزام
١١٤	...	...	...	...	٤§ - أهمية نظرية الالتزام وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

#### مصادر الالتزام

١١٩	...	...	...	...	مقدمة فى ترتيب مصادر الالتزام
١٢٠	...	...	...	...	١§ - من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام
١٢٣	...	...	...	...	٢§ - نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام
١٢٧	...	...	...	...	٣§ - الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

## الباب الاول

### المقدمة

صفحة

١٣٧	...	...	...	...	...	١ - تعريف العنة
١٤١	...	...	...	...	...	٢ - مبدأ سلطان الإرادة
١٤٩	...	...	...	...	...	٣ - تقسيم العقود
١٥٠	...	...	...	...	...	٤ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والالتزامي
١٥٤	...	...	...	...	...	٥ - العقد المسمى والعقد غير المسمى
١٥٧	...	...	...	...	...	٦ - العقد البسيط والعقد المختلط
١٥٨	...	...	...	...	...	٧ - العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
١٦٢	...	...	...	...	...	٨ - عقد المعاوضة وعقد التبرع
١٦٣	...	...	...	...	...	٩ - العقد المحدد والعقد الاحتمالي
١٦٥	...	...	...	...	...	١٠ - العقد الفوري والعقد الزمني

## الفصل الأول - أركان العقد

١٧٠	...	...	...	...	...	١ - لفرع الأول - التراضي
١٧١	...	...	...	...	...	المبحث الأول - وجود التراضي
١٧٤	...	...	...	...	...	المطلب الأول - التعبير عن الإرادة
١٨٩	...	...	...	...	...	١ - التعبير الصادر من الأصيل (التعبير الصريح والتعبير الضمني)
١٧٤	...	...	...	...	...	الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة - متى ينتج التعبير أثره
١٨٩	...	...	...	...	...	٢ - التعبير الصادر من النائب (النياية في التعاقد - تعاقد الشخص مع نفسه)
٢٠٥	...	...	...	...	...	المطلب الثاني - توافق الإرادتين
٢٠٦	...	...	...	...	...	١ - المتعاقدان في مجلس واحد
٢٠٦	...	...	...	...	...	أ - صدور الإيجاب
٢٠٦	...	...	...	...	...	المرحلة التي يمر بها الإيجاب (المفاوضات - الإيجاب المعلق - الإيجاب البات)
٢٠٨	...	...	...	...	...	القوة الملزمة للإيجاب
٢١١	...	...	...	...	...	سقوط الإيجاب
٢١٣	...	...	...	...	...	ب - اقتران الإيجاب بالقبول
٢٢٠	...	...	...	...	...	ح - حالات خاصة في القبول
٢٢٠	...	...	...	...	...	الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولاً
٢٢٠	...	...	...	...	...	الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول
٢٢٦	...	...	...	...	...	الحالة الثالثة - القبول في عقود الزاد
٢٢٩	...	...	...	...	...	الحالة الرابعة - القبول في عقود الأذعان

صفحة

الحالة الخاصة - القبول في عقود الجمع و في العقود التوددية	٢٣٥
٢ - التعاقدان لاجتماعهما مجلس واحد (التعاقد بالمراسلة أو فيما بين العائين)	٢٣٧
١ ( العقد والقوانين الأجنبية (الإعلان - التصديق - التمام - العلم)	٢٣٩
ب ( أحكام القانون المصري (القانون القديم - القانون الجديد)	٢٤٥
المطلب الثالث - مرحلة تمهيدية في التعاقد	٢٤٩
١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٤٩
١ ( كيف يتعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٥١
ب ( الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٥٦
٢ - العربون	٢٥٩
المبحث الثاني - صحة التراضي	٢٦٤
المطلب الأول - الأهلية	٢٦٥
١ - النظرية العامة في الأهلية	٢٦٦
٢ - أحكام الأهلية	٢٧٢
١ ( تأثير الأهلية بالنسبة	٢٧٢
ب ( تأثير الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)	٢٧٩
المطلب الثاني - عيوب الإرادة	٢٨٧
١ - الغلط	٢٨٩
١ ( متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع	٢٩٣
ب ( كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط (الغلط المشترك والغلط الفردي)	٣٠٨
٢ - التدليس	٣١٨
١ ( عناصر التدليس (طرق احتيالية - الدفع إلى التعاقد - التدليس الصادر من الغير)	٣١٩
ب ( نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس	٣٢٢
٣ - الإكراه	٣٣٤
١ ( استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم بحقوق	٣٣٨
ب ( رهبة تحمل على التعاقد	٣٤٧
٢ ( الجهة التي صدر منها الإكراه (الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير)	٣٥١
٤ - الاستغلال	٣٥٥
١ ( عناصر الاستغلال (العنصران الموضوعي والنفسي)	٣٦٢
ب ( الجزاء الذي يترتب على الاستغلال	٣٧٠

صفحة

الفرع الثانى - المحل	٣٧٥
المبحث الأول - المحل موجود أو يمكن	٣٧٦
١ - المحل موجود (المحل المستقبل والتركبة المستقبلية)	٣٧٦
٢ - المحل ممكن	٣٨٣
المبحث الثانى - المحل معين أو قابل للتعين	٣٨٦
١ - كيفية تعيين المحل	٣٨٧
٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً (مشرط الذهب)	٣٨٩
المبحث الثالث - المحل قابل للتعامل فيه	٣٩٧
المطلب الأول - الاتفاقات التى تخضع النظام العام	٤٠٢
١ - روابط القانون العام (الخرجات العامة - النظم الإدارية والمالية - النظام القضائى - القوانين الجنائية)	٤٠٢
٢ - روابط القانون الخاص (الأحوال الشخصية - المعاملات المالية)	٤٠٩
المطلب الثانى - الاتفاقات التى تخالف الآداب	٤١١
الفرع الثالث - السبب	٤١٣
المبحث الأول - كيف نشأت نظرية السبب	٤١٧
المطلب الأول - نظرية السبب فى القانون الرومانى	٤١٧
١ - العهد القديم	٤١٧
٢ - العهد المدرسى	٤١٩
المطلب الثانى - نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم	٤٢٤
١ - نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما	٤٢٥
٢ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى	٤٢٩
المبحث الثانى - نظرية السبب فى القانون الحديث	٤٣٥
المطلب الأول - النظرية التقليدية فى السبب	٤٣٦
١ - معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه	٤٣٧
( أ ) تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية	٤٣٧
( ب ) الشروط الواجب توافرها فى السبب	٤٤٠
٢ - خصوم السبب وأنصاره	٤٤٥
( أ ) خصوم السبب	٤٤٥
( ب ) أنصار السبب	٤٤٧

صفحة

المطلب الثاني - النظرية الحديثة في السبب ... ٤٥١

١§ - استبعاد النظرية التقليدية ... ٤٥١

٢§ - الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الدافع الدائم إلى تعاقد ... ٤٥٦

٣§ - التصرف المجرد ... ٤٦٣

المطلب الثالث - نظرية السبب في القانون المصري الجديد ... ٤٧١

١§ - اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب ... ٤٧١

٢§ - الفصل - بين مظهره السبب ومنطقه انغلاق القانون الجديد ... ٤٧٧

٣§ - إثبات السبب ... ٤٨٢

الفرع الرابع - الجزاء : نظرية البطلان ... ٤٨٦

المبحث الأول - الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل

للإبطال ... ٤٩٥

المطلب الأول - الآثار العرضية لعقد الباطل ... ٤٩٦

١§ - نظرية تحول العقد ونظرية انقراض العقد ... ٤٩٧

٢§ - نظرية الخطأ عند تكوين العقد ... ٥٠٣

المطلب الثاني - الآثار الأصلية للعقد الباطل ... ٥١٢

المبحث الثاني - الإجازة والتقدم ... ٥١٣

المطلب الأول - الإجازة ... ٥١٤

١§ - العقد الباطل ... ٥١٤

٢§ - العقد القابل للإبطال ... ٥١٥

المطلب الثاني - التقدم ... ٥١٩

١§ - العقد الباطل ... ٥١٩

٢§ - العقد القابل للإبطال ... ٥٢٢

المبحث الثالث - تقرير البطلان (دعوى البطلان) ... ٥٢٥

المطلب الأول - من الذي يتمسك بالبطلان ... ٥٢٦

١§ - العقد الناطق ... ٥٢٦

٢§ - العقد القابل للإبطال ... ٥٢٨

المطلب الثاني - كيف يتقرر البطلان ... ٥٣٠

١§ - العقد الناطق ... ٥٣٠

٢§ - العقد القابل للإبطال ... ٥٣١

صفحة

المطلب الثالث - أثر تقرير البطلان	٥٣٢
١ - فيما بين المتعاقدين	٥٣٤
٢ - بالنسبة إلى الغير	٥٣٦

## الفصل الثاني - آثار العقد

الفرع الأول - قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص	٥٤٠
المبحث الأول - أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين	٥٤٠
المطلب الأول - الخلف العام	٥٤١
المطلب الثاني - الخلف الخاص	٥٤٥
المبحث الثاني - أثر العقد بالنسبة إلى الغير	٥٥٣
المطلب الأول - التعهد عن الغير	٥٥٦
١ - قبول الغير للتعهد	٥٥٩
٢ - رفض الغير للتعهد	٥٦١
المطلب الثاني - الاشتراط لمصلحة الغير	٥٦٢
١ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية	٥٦٦
٢ - شروط تحقق قاعده الاشتراط لمصلحة الغير	٥٧٣
٣ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير	٥٧٧
الفرع الثاني - قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع	٥٩٠
المبحث الأول - تحديد موضوع التعاقد	٥٩١
المطلب الأول - تفسير العقد	٥٩١
١ - عبارة العقد واضحة	٦٠١
٢ - عبارة العقد غير واضحة	٦٠٥
٣ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين	٦١٤
المطلب الثاني - تحديد نطاق العقد	٦١٦
المطلب الثالث - إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد (العة - شريعة المتعاقدين)	٦٢٣
١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه	٦٢٣
٢ - نظرية الحوادث الطارئة	٦٢٩

صفحة

٦٢٢ ...	١ ( التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة ...
٦٤٢ ...	ب) نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد ...
٦٥٣ ...	المبحث الثاني - المسؤولية العقدية (جزء العقد) ...
٦٥٥ ...	المطلب الأول - الخطأ العقدي ...
٦٥٦ ...	١§ - الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي ...
٦٦٥ ...	٢§ - المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء ...
٦٦٥ ...	أ) المسؤولية العقدية عن الغير ...
٦٧٠ ...	ب) المسؤولية العقدية عن الأشياء ...
٦٧١ ...	٣§ - تعديل قواعد المسؤولية العقدية ...
٦٧٩ ...	المطلب الثاني - الضرر ...
٦٨٠ ...	١§ - الضرر المادي والضرر الأدبي ...
٦٨٠ ...	أ) الضرر المادي ...
٦٨١ ...	ب) الضرر الأدبي ...
٦٨٣ ...	٢§ - مدى التعويض عن الضرر ...
٦٨٧ ...	المطلب الثالث - علاقة السببية بين الخطأ والضرر ...

## الفصل الثالث - زوال العقد

٦٩٤ ...	الفرع الأول - فسخ العقد ...
٦٩٦ ...	المبحث الأول - الفسخ بحكم القضاء ...
٦٩٦ ...	المطلب الأول - شروط المطالبة بالفسخ ...
٦٩٨ ...	١§ - لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجائين ...
٧٠٠ ...	٢§ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد التعاقدين بتنفيذ التزامه ...
٧٠١ ...	٣§ - لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً لإتيان بالتزامه ...
٧٠١ ...	وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها ...
٧٠٢ ...	المطلب الثاني - كيف يستعمل حق الفسخ ...
٧٠٨ ...	المطلب الثالث - ما يترتب على الفسخ من أثر ...
٧١٤ ...	المبحث الثاني - الفسخ بحكم الاتفاق ...
٧٢٢ ...	المبحث الثالث - انقضاء العقد بحكم القانون ...
٧٢٧ ...	الفرع الثاني - الدفع بعدم تنفيذ العقد ...



صفحة

- المبحث الأول - متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٢٩  
المبحث الثاني - كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٣٤  
المبحث الثالث - ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٣٦

## الباب الثاني

### العمل غير المشروع

#### ( المسؤولية التقصيرية )

- تمهيد ... .. ٧٤٣  
§ ١ - التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية ... ٧٤٣  
§ ٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ... ٧٤٤  
§ ٣ - التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ... ٧٤٨  
§ ٤ - تطور المسؤولية التقصيرية ... ٧٦٢

## الفصل الأول

### المسؤولية عن الأعمال الشخصية

- الفرع الأول - أركان المسؤولية التقصيرية ... ٧٧٥  
المبحث الأول - الخطأ ... ٧٧٦  
المطلب الأول - تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية ... ٧٧٧  
§ ١ - الركن المادي : التعدي ... ٧٧٩  
مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي ... ٧٧٩  
حالات ثلاث تجعل التعدي عملاً مشروعاً ... ٧٨٦  
حالة الدفاع الشرعي ... ٧٨٦  
حالة تنفيذ أمراً صادر من الرئيس ... ٧٩٠  
حالة الضرورة ... ٧٩٢  
§ ٢ - الركن المعنوي : الادراك ... ٧٩٦  
أ ( الشخص الطبيعي ... ٧٩٩  
ب ( الشخص المعنوي ... ٨٠٦

صفحة

المطلب الثاني - تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ	٨١٠
١٨ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق	٨١٢
حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل	٨١٣
حوادث العمل	٨١٩
المسئولية عن الأخطاء الفنية في سزاولة المهنة	٨٢١
الاعتماد على الشرف والسمعة	٨٢٥
فسخ الخطبة والإغواء	٨٢٧
حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري	٨٣١
٢٥ - التمسك في استعمال الحق	٨٣٤
( أ ) التطور التاريخي لنظرية التمسك في استعمال الحق	٨٣٥
( ب ) الأساس القانوني لنظرية التمسك في استعمال الحق والمعيار الذي تأخذ به	٨٤١
( ج ) تطبيقات مختلفة لنظرية التمسك في استعمال الحق	٨٥١
المبحث الثاني - الضرر	٨٥٤
المطلب الأول - الضرر المادى	٨٥٥
١٨ - الاخلال بمصلحة مالية للمضرور	٨٥٦
٢٨ - تحقق الضرر	٨٥٨
المطلب الثاني - الضرر الأبدى	٨٦٤
المبحث الثالث - علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر	٨٧٢
المطلب الأول - انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي	٨٧٥
١٨ - القوة القاهرة أو الحوادث الفجائية	٨٧٦
٢٨ - خطأ المضرور	٨٨١
استفراق أحد الخطأين للخطأ الآخر	٨٨٣
أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر	٨٨٧
الخطأ المشترك	٨٨٨
٣٨ - خطأ النير	٨٩٦
المطلب الثاني - انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر	٩٠٢
١٨ - تعدد الأسباب	٩٠٣
( أ ) تعدد الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى	٩٠٣
( ب ) تعدد الأسباب دون استفراق	٩٠٤
نظرية تكافؤ الأسباب	٩٠٤

صفحة

٩٠٥	نظرية السبب المنتج
٩٠٨	٢ - تسلسل النتائج (تعاقب الأضرار أو الضرر غير المباشر)
٩١٥	الفرع الثاني - آثار المسؤولية
٩١٦	لمبحث الأول - دعوى المسؤولية
٩١٦	المطلب الأول - طرفا الدعوى
٩١٦	١§ - المدعى
٩١٦	١ ( ) غير المضرور ليس له حق في التعويض
٩١٨	ب ( ) حق التعويض لمضرور
٩٢٠	ج ( ) حق التعويض لكل مضرور
٩٢٣	٢§ - المدعى عليه
٩٢٤	تعدد السؤولين
٩٣١	السؤول إذا ارتكب الخطأ جماعة
٩٣٢	المطلب الثاني - الطلبات والدفع
٩٣٢	١§ - طلبات المدعى
٩٣٢	سبب الدعوى
٩٣٥	موضوع الدعوى
٩٣٥	٢§ - دفع المدعى عليه
٩٣٦	الدفع بالاعتذار
٩٤٠	المطلب الثالث - الإثبات
٩٤٠	١§ - عبء الإثبات
٩٤٤	٢§ - وسائل الإثبات
٩٤٤	ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي
٩٥٦	المطلب الرابع - الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٥٧	١§ - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٥٧	الطعن بطريق النقض
٩٦١	٢§ - الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٦١	الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض
٩٦٣	الحكم يقوم بحق في التعويض ويقويه
٩٦٤	المبحث الثاني - جزاء المسؤولية
٩٦٤	المطلب الأول - التعويض في صيرته العادية والمألوفة
٩٦٤	١§ - طريقة التعويض

صفحة

التعويض العيني	٩٦٦
التعويض غير التقدي	٩٦٧
التعويض التقدي	٩٦٧
٢٤ - تقدير التعويض	٩٦٨
الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض	٩٧١
الضرر المتغير والنوقت الذي يقدر فيه	٩٧٤
التفقة المؤقتة	٩٧٦
المطلب الثاني - التعويض في صورته المعدلة الموصوفة	٩٧٧
٢٥ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية	٩٧٧
الاتفاق على الإغناء من المسؤولية التصيرية أو على التخفيف منها	٩٧٩
الاتفاق على التبدل في المسؤولية التصيرية	٩٨٠
٢٥ - التأمين على المسؤولية	٩٨١
٢٥ - اجتماع طرفين للتعويض	٩٨٦
اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين	٩٨٦
اجتماع التعويض مع التفقة أو الأيراد	٩٨٨

## الفصل الثاني

### المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء

الفرع الأول - المسؤولية عن عمل الغير	٩٩٢
المبحث الأول - مسؤولية من يجب عليه الرقابة عن هم في رقابته	٩٩٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسؤوليته متولى الرقابة	٩٩٥
١٥ - متولى الرقابة	٩٩٥
٢٥ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة	١٠٠٢
المطلب الثاني - الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة	١٠٠٤
ما هو الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة	١٠٠٥
كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترض	١٠٠٦
كيف ينفي متولى الرقابة علاقة السببية	١٠٠٧
قيام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى الرقابة	١٠١٠
المبحث الثاني - مسؤولية المتبوع عن التابع	١٠١٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسؤولية المتبوع	١٠١٤
١٥ - علاقة التبعية	١٠١٤

صفحة

عنصر السلطة الفعلية	١٠١٥
عنصر الرقابة والتوجيه	١٠١٦
٢§ - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها	١٠٢٣
خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير	١٠٢٣
حال تأدية الوظيفة أو بسببها	١٠٢٤
الخطأ في تأدية الوظيفة	١٠٢٧
الخطأ بسبب الوظيفة	١٠٢٨
الخطأ بمناسبة الوظيفة	١٠٣٥
الخطأ الأجنبي عن الوظيفة	١٠٣٧
المطلب الثاني - الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع	١٠٣٩
١§ - تكييف مسئولية المتبوع	١٠٤٠
الخطأ المفترض	١٠٤١
تحمل المتبعة	١٠٤٥
مسئولية عن الغير (الضمان والنيابة والحلول)	١٠٤٦
٢§ - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع	١٠٤٩
الفرع الثاني - المسئولية الناشئة عن الأشياء	١٠٥٢
المبحث الأول - مسئولية حارس الحيوان	١٠٥٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان	١٠٥٤
١§ - حراسة الحيوان	١٠٥٥
الحراسة	١٠٥٥
الحيوان	١٠٥٨
٢§ - إحداث الحيوان ضرراً للغير	١٠٥٩
فعل الحيوان	١٠٥٩
الضرر الذي يحدثه الحيوان	١٠٦٠
المطلب الثاني - الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان	١٠٦٣
١§ - ما هو الخطأ	١٠٦٣
خطأ في الحراسة	١٠٦٣
٢§ - إلى أي حد هو مفترض	١٠٦٤
الاقتراض لا يقبل إثبات العكس	١٠٦٤
جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية	١٠٦٥
المبحث الثاني - مسئولية حارس البناء	١٠٦٦
المطلب الأول - متى تنشأ المسئولية عن تهدم البناء	١٠٦٩

صفحة

١٠٧٠	...	...	...	...	...	...	حراسة البناء	§ ١
١٠٧٠	...	...	...	...	...	...	الحراسة	§ ١
١٠٧٢	...	...	...	...	...	...	البناء	§ ٢
١٠٧٢	...	...	...	...	...	...	تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر	§ ٢
١٠٧٢	...	...	...	...	...	...	ما يعتبر تهدماً	§ ٢
١٠٧٣	...	...	...	...	...	...	ما لا يعتبر تهدماً	§ ٢
١٠٧٥	...	...	...	...	...	...	المطلب الثانى - الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهميد البناء	§ ١
١٠٧٥	...	...	...	...	...	...	ما هو الخطأ	§ ١
١٠٧٦	...	...	...	...	...	...	إلى أى حد هو مفترض	§ ٢
١٠٧٦	...	...	...	...	...	...	الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر	§ ٢
١٠٧٦	...	...	...	...	...	...	غير قابل لذلك	§ ٢
١٠٧٧	...	...	...	...	...	...	الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية	§ ٢
١٠٧٨	...	...	...	...	...	...	المبحث الثالث - مسئولية حارس الأشياء	§ ١
١٠٨٦	...	...	...	...	...	...	المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء	§ ١
١٠٨٦	...	...	...	...	...	...	حراسة شئ تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية	§ ١
١٠٨٦	...	...	...	...	...	...	الحراسة	§ ١
١٠٨٨	...	...	...	...	...	...	الشئ	§ ٢
١٠٨٩	...	...	...	...	...	...	وقوع الضرر بفعل الشئ	§ ٢
١٠٩١	...	...	...	...	...	...	فعل الشئ وفعل الانسان	§ ٢
١٠٩٦	...	...	...	...	...	...	المطلب الثانى - على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء	§ ١
١٠٩٧	...	...	...	...	...	...	ما هو الخطأ	§ ١
١٠٩٧	...	...	...	...	...	...	خطأ فى الحراسة	§ ١
١٠٩٨	...	...	...	...	...	...	إلى أى حد هو مفترض	§ ٢
١٠٩٨	...	...	...	...	...	...	الاقتراض لا يقبل إثبات العكس	§ ٢
١١٠٠	...	...	...	...	...	...	جواز نفي المسئولية بتفى علاقة السببية	§ ٢

## الباب الثالث

### الاثراء بلا سبب

١١٠٣	...	...	...	...	...	...	تمهيد
١١٠٤	...	...	...	...	...	...	التطور التاريخى لمقاعدة الاثراء بلا سبب

صفحة

القانون الرومانى	...	...	...	...	١١٠٤
القانون الفرنسى القديم	...	...	...	...	١١٠٦
الفقه الاسلامى	...	...	...	...	١١٠٧
القانون الانجليزى	...	...	...	...	١١٠٨
القانون الفرنسى الحديث	...	...	...	...	١١٠٩
القانون المصرى القديم	...	...	...	...	١١١٢
القانون المصرى الجديد	...	...	...	...	١١١٤

## الفصل الاول

### القاعدة العامة : الاثراء بلا سبب

التأصيل القانونى لقاعدة الاثراء بلا سبب	...	...	...	...	١١١٧
الفضالة الناقصة	...	...	...	...	١١١٧
العمل غير المشروع	...	...	...	...	١١١٨
تحمل التبعة	...	...	...	...	١١١٩
قاعدة مستقلة تقوم بذاتها	...	...	...	...	١١٢٠
<b>الفرع الاول — أركان الاثراء بلا سبب</b>	...	...	...	...	١١٢٢
<b>المبحث الأول — إثراء المدين</b>	...	...	...	...	١١٢٢
الاثراء الايجابى والاثراء السلبى	...	...	...	...	١١٢٣
الاثراء المباشر والاثراء غير المباشر	...	...	...	...	١١٢٥
الاثراء المادى والاثراء المعنوى	...	...	...	...	١١٢٨
<b>المبحث الثانى — افتقار الدائن</b>	...	...	...	...	١١٣٠
الافتقار الايجابى والافتقار السلبى	...	...	...	...	١١٣٢
الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر	...	...	...	...	١١٣٣
الافتقار المادى والافتقار المعنوى	...	...	...	...	١١٣٣
السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء	...	...	...	...	١١٣٣
<b>المبحث الثالث — انعدام السبب</b>	...	...	...	...	١١٣٥
اختلاف الفقهاء فى تحديد معنى السبب	...	...	...	...	١١٣٦
المعنى الأدبى	...	...	...	...	١١٣٦
المعنى الاقتصادى القانونى	...	...	...	...	١١٣٦
معنى السبب فى القانون المصرى الجديد	...	...	...	...	١١٣٨
السبب هو العذر القانونى المسبب للاثراء	...	...	...	...	١١٣٨

صفحة

١١٣٩	...	...	...	...	...	السبب في الإثراء عقد
١١٤٣	...	...	...	...	...	السبب في الإثراء حكم من أحكام القانون
						المبحث الرابع - لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
١١٤٥	...	...	...	...	...	أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى
١١٤٥	...	...	...	...	...	موقف القانون المدق الجديد
١١٤٧	...	...	...	...	...	المطلب الأول - لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
١١٤٧	...	...	...	...	...	١§ - القانون الفرنسي
						إغراق الفقه والقضاء بأدى الأمر على أن تكون دعوى الإثراء
١١٤٧	...	...	...	...	...	دعوى احتياطية
١١٤٨	...	...	...	...	...	تزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه
١١٥١	...	...	...	...	...	٢§ - القانون المصري
١١٥١	...	...	...	...	...	الفقه والقضاء في مصر
١١٥٥	...	...	...	...	...	القانون المصري الجديد
١١٦٠	...	...	...	...	...	المطلب الثاني - لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى
١١٦٠	...	...	...	...	...	القانون المصري الجديد
١١٦١	...	...	...	...	...	الرأي المعارض
١١٦٤	...	...	...	...	...	نقض الرأي المعارض
١١٦٨	...	...	...	...	...	الفرع الثاني - أحكام الإثراء بلا سبب
١١٦٨	...	...	...	...	...	المبحث الأول - الدعوى
١١٦٨	...	...	...	...	...	١§ - طرفا الدعوى
١١٦٨	...	...	...	...	...	أ ( المدعى
١١٦٩	...	...	...	...	...	ب ( المدعى عليه
١١٧٢	...	...	...	...	...	٢§ - الطلبات والدفع
١١٧٢	...	...	...	...	...	أ ( طلبات المدعى
١١٧٣	...	...	...	...	...	ب ( دفع المدعى عليه - الدفع بالتأدم
١١٧٥	...	...	...	...	...	٣§ - الإثبات
١١٧٥	...	...	...	...	...	أ ( عبء الإثبات
١١٧٥	...	...	...	...	...	ب ( وسائل الإثبات
١١٧٦	...	...	...	...	...	٤§ - الحكم
١١٧٦	...	...	...	...	...	أ ( النظم في الحكم بطريق النقض
١١٧٧	...	...	...	...	...	ب ( الآثار التي تترتب على الحكم
١١٧٩	...	...	...	...	...	المبحث الثاني - إخراج أو التعويض



صفحة

التعويض هو أقل قيمتي الافتقار والاثراء	١١٧٩
١ § - كيف يقدر الاثراء	١١٨١
(١) الاثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى	١١٨١
هل يجوز أن يكون الاثراء عيناً تبقى في ملكية المفقّر	١١٨١
الاثراء نقد دخل في ذمة المثرى	١١٨٢
الاثراء تحسينات استحدثها المفقّر في مال المثرى	١١٨٢
(ب) الاثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبي	١١٨٢
٢ § - كيف يقدر الافتقار	١١٨٤
(١) تقدير مدى الافتقار	١١٨٤
(ب) وقت تقدير الافتقار	١١٨٤
٣ § - ما يقرن بالتعويض من ضمانات	١١٨٦
التعويض دين شخصي لا امتياز له	١١٨٦
الحق في الحبس	١١٨٦

## الفصل الثاني

### دفع غير المستحق والفضالة

الفرع الأول - دفع غير المستحق	١١٨٧
المبحث الأول - أركان دفع غير المستحق	١١٨٧
المطلب الأول - حالتا دفع غير المستحق	١١٨٩
١ § - الوفاء بدين غير مستحق من بادىء الأمر	١١٨٩
(١) الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به	١١٨٩
الدين منعدم من الأصل	١١٨٩
الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لم يستحق	١١٩٠
الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به	١١٩١
(ب) الركن الثاني - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب عمله	١١٩١
قابلاً للإبطال	١١٩٢
العيب الذي يشوب الوفاء (الغلط والاكراه ونقص الأهلية)	١١٩٣
٢ § - الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق	١١٩٧
(١) الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء	١١٩٧
(ب) الركن الثاني - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به	١١٩٧
المطلب الثاني - تكيف الالتزام برد ما أخذ دون حق	١١٩٩

صفحة

تجليل حالتي دفع غير السحق وردهما إلى قعده الإجراء	
الاسليب	١١٩٩ ... ..
التصير بين دين في النسخة وعين معيته بالذات	١٢٠١ ... ..
المبحث الثاني - أحكام دفع غير المستحق	١٢٠٢ ... ..
المطلب الأول - المدعى والمدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق	١٢٠٢ ... ..
أ) المدعى	١٢٠٢ ... ..
ب) المدعى عليه	١٢٠٣ ... ..
المطلب الثاني - بآذا يطالب المدعى المدعى عليه في دعوى استرداد	
غير المستحق	١٢٠٣ ... ..
١§ - المدفوع له حسن النية	١٢٠٤ ... ..
أ) المدفوع نقود أو أشياء مندية	١٢٠٥ ... ..
ب) المدفوع عين معيته بالذات	١٢٠٦ ... ..
رد العين	١٢٠٦ ... ..
رد الثمار واسترداد المصروفات	١٢٠٦ ... ..
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها	١٢١١ ... ..
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى	١٢١٢ ... ..
٢§ - المدفوع له سوء النية	١٢١٤ ... ..
أ) المدفوع نقود أو أشياء مثلية	١٢١٤ ... ..
ب) المدفوع عين معيته بالذات	١٢١٥ ... ..
رد العين والثمار واسترداد المصروفات	١٢١٥ ... ..
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها	١٢١٦ ... ..
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى	١٢١٦ ... ..
٣§ - حالتان ذواتا أحكام خاصة	١٢١٨ ... ..
أ) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل	١٢١٨ ... ..
ب) الوفاء لناقص الأهلية	١٢٢١ ... ..
المطلب الثالث - سقوط دعوى استرداد غير المستحق	١٢٢٣ ... ..
١§ - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته	
أو تركه دعواه تسقط بالتقادم	١٢٢٣ ... ..
٢§ - سقوط الدعوى بثلاث سنوات	١٢٢٦ ... ..
الفرع الثاني - الفسالة	١٢٢٨ ... ..
المبحث الأول - أركان الفسالة	١٢٢٨ ... ..

صفحة

المطلب الأول - قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل ... ١٢٣١

١ - تصرف قانونى أو عمل مادى .. ... ١٢٣١

( أ ) التصرف القانونى ... ... ١٢٣١

( ب ) العمل المادى ... ... ١٢٣٣

٢ - شأن عاجل لرب العمل ... ... ١٢٣٥

مجرد النفع لا يكفى ... ... ١٢٣٥

بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً » ... ... ١٢٣٦

المطلب الثانى - نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل ... ١٢٣٧

١ - الفضولى على بينة من أمره ... ... ١٢٣٧

القصد عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الاثراء بلا سبب ١٢٣٧

جواز أن يعمل الفضولى لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل فى وقت سعى ١٢٣٩

٢ - الفضولى على غير بينة من أمره ... ... ١٢٣٩

... لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به

يعمل لمصلحة غيره ... ... ١٢٣٩

ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا

به يعمل لمصلحة شخص آخر ... ... ١٢٤٠

المطلب الثالث - الفضولى يقوم بعمل هو غير ملزم به ولا موكل

فيه ولا منهى عنه ... ... ١٢٤١

١ - موقف الفضولى من الشأن العاجل ... ... ١٢٤١

لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير ... ١٢٤١

٢ - موقف رب العمل من الشأن العاجل ... ... ١٢٤٢

رب العمل لا يعلم بالفضالة ... ... ١٢٤٢

رب العمل يعلم بالفضالة ... ... ١٢٤٣

المبحث الثانى - أحكام الفضالة ... ... ١٢٤٦

المطلب الأول - التزامات الفضولى ... ... ١٢٤٦

١ - التزامات الفضولى الأربعة ... ... ١٢٤٧

( أ ) الالتزام الأول - مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن

يمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ... ... ١٢٤٧

( ب ) الالتزام الثانى - إخطار الفضولى رب العمل بتدخله

متى استطاع ذلك ... ... ١٢٤٨

( ج ) الالتزام الثالث - بذل عناية الشخص العادى فى القيام

بالعمل ... ... ١٢٤٩

صفحة

المخطأ في الفضالة ... ..	١٢٥١
نائب الفضولي ... ..	١٢٥٣
التضامن في المسئولية عند تعدد الفضولي ... ..	١٢٥٤
د ( الالتزام الرابع - تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما احتوى عليه بسبب الفضالة ... ..	١٢٥٥
٢٤ - ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام ... ..	١٢٥٦
أ ( أهلية الفضولي ... ..	١٢٥٦
ب ( أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي ... ..	١٢٥٩
موت الفضولي ... ..	١٢٦٠
موت رب العمل ... ..	١٢٦٠
ج ( تقادم التزامات الفضولي ... ..	١٢٦١
المطلب الثاني - التزامات رب العمل ... ..	١٢٦٢
١٤ - التزامات رب العمل الأربعة ... ..	١٢٦٤
أ ( الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه ... ..	١٢٦٤
ب ( الالتزام الثاني - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً ... ..	١٢٦٥
ج ( الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر ... ..	١٢٦٦
د ( الالتزام الرابع - تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه ... ..	١٢٦٨
٢٤ - ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام ... ..	١٢٦٩
أ ( أهلية رب العمل ... ..	١٢٦٩
ب ( أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل ... ..	١٢٦٩
ج ( تقادم التزامات رب العمل ... ..	١٢٧٠

## الباب الرابع القانون

تمهيد ... ..	١٢٧٥
كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام ... ..	١٢٧٦
المبحث الأول - النص هو الذي يذم الالتزام القانوني ... ..	١٢٧٩
المطلب الأول - الالتزامات القانونية التي تستند إلى الوقائع المادية ... ..	١٢٧٩
الالتزامات السلبية ... ..	١٢٧٩



